

MARLOS ROBERTO LANCELLOTTI

**OS LIMITES DA TERCEIRIZAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. Salomão Almeida
Barbosa

BRASÍLIA

2010

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 TERCEIRIZAÇÃO NAS ENTIDADES PRIVADAS.....	3
1.1 Conceito.....	3
1.2 Breve histórico da terceirização no Brasil.....	5
1.3 Natureza jurídica da terceirização.....	6
1.4 Vantagens e desvantagens da terceirização.....	7
1.5 Restrições à terceirização nas entidades privadas.....	8
1.6 Enunciados do Tribunal Superior do Trabalho – TST.....	11
<i>1.6.1 Enunciado nº 256.....</i>	<i>11</i>
<i>1.6.2 Enunciado nº 331.....</i>	<i>14</i>
<i>1.6.3 Enunciado nº 239.....</i>	<i>18</i>
<i>1.6.4 Enunciado nº 257.....</i>	<i>20</i>
1.7 Observações finais sobre a terceirização nas entidades privadas.....	20
2 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	23

2.1 Evolução histórica.....	24
2.2 Conflito constitucional: Terceirização X Concurso Público.....	28
2.3 Limites normativos para a terceirização na Administração Pública.	30
2.3.1 <i>Lei 8.666/93.....</i>	32
2.3.2 <i>Decreto 2.271/97.....</i>	34
2.3.3 <i>Lei complementar 101/2000</i>	43
2.3.4 <i>O inciso II do Enunciado nº 331 do TST.....</i>	47
2.4 Observações finais sobre a terceirização na Administração Pública.	52
3 ATUAÇÃO DO TCU EM CASOS CONCRETOS.....	54
3.1 Regime de Administração Contratada.....	54
3.2 Subordinação.....	56
3.2.1 <i>Acórdão TCU 106/2009-Plenário</i>	56
3.2.2 <i>Acórdão TCU 256/2005-Plenário.....</i>	58
3.3 Terceirização de atividade-fim.....	60
3.3.1 <i>Decisão TCU 740/2002-Plenário.....</i>	60
3.3.2 <i>Acórdão TCU 2.691/2008-Plenário.....</i>	62

3.4 Atividades inerentes às categorias funcionais de cargos ou funções...	64
3.4.1 <i>Acórdão TCU 712/2007-Plenário.....</i>	<i>64</i>
3.4.2 <i>Acórdão TCU 71/2003-Plenário.....</i>	<i>67</i>
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS.....	75

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar se os limites impostos pelos normativos legais são adequados e suficientes para caracterizar a burla ao concurso público proveniente de contratação de serviços pela Administração Pública. Nesse sentido, o Capítulo 1 aborda normativos, doutrina e jurisprudência relacionados ao tema no setor privado, onde o conceito de terceirização teve início. O Capítulo 2 faz um paralelo com o capítulo anterior, com enfoque nas especificidades do tema na Administração Pública. Por fim, o Capítulo 3 aborda o tema com enfoque na aplicação dos normativos e conceitos doutrinários trazidos nos capítulos anteriores. Da análise empreendida pode-se concluir que os limitadores constantes nos normativos tem o mérito de abarcar a imensa maioria dos casos concretos estudados. Entretanto, os limites impostos nos normativos citados trazem uma linha tênue entre a licitude e a ilicitude da terceirização, necessitando de maiores cuidados do administrador público que celebra tais contratos, bem como de maior trabalho dos Tribunais para diagnosticar a licitude dos contratos de terceirização.

Palavras-chaves: Direito Administrativo; Terceirização; Prestação de serviço; Administração Pública; Concurso Público.

INTRODUÇÃO

A terceirização é um instrumento surgido na iniciativa privada, mas atualmente vem sendo empregado também na Administração Pública, como forma de buscar parcerias com o setor privado para realização de suas atividades¹.

O Decreto-lei 200, de 25/02/67, tornou-se o marco inicial para a utilização da terceirização como maneira de executar serviços públicos, traduzindo a preocupação da Administração com agigantamento das atividades estatais. A alínea 'c', §1º, do art. 10 do mencionado normativo foca-se na transferência das atividades de execução da Administração Federal para o setor privado, por intermédio dos contratos ou concessões, que são espécies do gênero terceirização.

É inegável que a terceirização, por meio de contratação de serviços pela Administração Pública, possibilita ao Estado concentrar-se na sua função finalística, corroborando para o melhor atendimento ao cidadão.

Não obstante, a terceirização, por meio de contratação de prestadores de serviços pela Administração Pública, tem sido muito desvirtuada dos seus fins, invariavelmente redundando em burla ao princípio do concurso público.

A Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que autoriza a Administração Pública a contratar serviços com terceiros (artigo 37, inciso XXI), prevê que a investidura em cargos e empregos públicos deve se dar por meio de concursos públicos

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 228-229.

(artigo 37, II). Daí porque muito se diz que a terceirização por vezes encerra forma de burlar o princípio constitucional, ao ensejar que pessoas físicas não concursadas desempenhem função pública².

De forma a assegurar que a contratação de serviços não acarretará em burla ao concurso público, o legislador estabeleceu limites para essas contratações. A Lei Complementar 101, de 04/05/2000, contabiliza os valores dos contratos de terceirização para efeito de limitação de gastos com pessoal na Administração Pública; a Lei 8.666, de 21/06/93, impede a contratação de locação de mão-de-obra, ou seja, não permite a contratação quando existentes a pessoalidade e a subordinação direta do empregador com o prestador de serviços; por fim, o Decreto 2.271, de 07/07/97, veda a contratação de serviços ligados à atividade-fim ou que tenham suas atividades previstas no plano de cargos e salários de órgão ou entidade da Administração Pública.

Diante desse contexto, o objetivo deste trabalho é analisar se os limites impostos pelos normativos legais são adequados e suficientes para caracterizar a burla ao concurso público proveniente de contratação de serviços.

A importância deste trabalho reside na identificação das dificuldades na aplicação desses limitadores aos casos concretos, principalmente, em razão de a maior parte da doutrina não ter se aprofundado na aplicação desses limites, restringindo-se a identificá-los nos diversos normativos que tratam do assunto.

² RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2001, p.39.

1 TERCEIRIZAÇÃO NAS ENTIDADES PRIVADAS

1.1 Conceito

A contratação de terceiros por uma empresa tem diversas denominações: terceirização, subcontratação, terciarização, filialização, reconcentração, desverticalização, exteriorização do emprego, focalização, parceria, horizontalização, *outsourcing*, externalização de atividades, contrato de fornecimento. No Brasil o termo terceirização foi adotado na Administração de empresas e em seguida os tribunais trabalhistas também passaram a fazer uso do termo³.

A etimologia da palavra terceirização provém do latim *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas⁴. Embora a origem da palavra traduza o âmago do conceito de terceirização, a doutrina a tem definido de forma diversa, a depender do aspecto enfatizado, que pode ser jurídico, administrativo, ou mesmo econômico⁵.

Rubens Ferreira de Castro⁶ conceitua terceirização sob o ponto de vista administrativo, da seguinte forma:

(...) uma moderna técnica de administração de empresas que visa o fenômeno da competitividade empresarial através da distribuição de atividades acessórias a empresas especializadas nessa atividade, a fim de que possam concentrar-se no planejamento, na organização, no controle, na coordenação e na direção da atividade principal.

Por sua vez, em relação ao conceito jurídico de terceirização, vale citar o

³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p.19.

⁴ Ibidem, p. 19.

⁵ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. 1. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 84.

⁶ Ibidem, p. 84.

apresentado por Maurício Godinho Delgado⁷:

(...) o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Agregando os conceitos, tem-se que a terceirização é o processo pelo qual a empresa busca concentrar-se nas suas atividades finalísticas, conferindo as atividades acessórias para outra empresa, de modo a buscar maior agilidade, qualidade, produtividade, redução nos custos, flexibilidade e ganho de competitividade. Na medida em que a empresa reduz seus custos fixos passa a ter possibilidade de aplicar seus recursos em tecnologia ou em desenvolvimento de sua produção⁸.

Observa-se, ainda, que tal processo traz a relação entre três entes, diversa da relação clássica bipolar entre o contrato de trabalho de empregado e empregador⁹.

Segundo Sérgio Pinto Martins, a terceirização pode ser graduada em três estágios¹⁰:

- a) Estágio inicial, quando há repasse de atividades que não tem relação com a produção, ou seja, são atividades acessórias, como, por exemplo, limpeza e conservação, transporte, vigilância;
- b) Estágio intermediário, quando a atividade terceirizada tem relação indireta com a atividade principal, ou seja, é a atividade-meio, como a manutenção de máquinas, contabilidade;

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2002, p. 428.

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p.24.

⁹ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. 1. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 85.

¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **op. cit.**, p. 25.

- c) Estágio avançado, que ocorre quando são repassados a terceiros atividades-fim da empresa como, por exemplo, a gestão de fornecimento de produtos da empresa, produção, vendas.

O estágio intermediário de terceirização tem sido o mais observado nas empresas do setor privado¹¹. Porém, por ser exceção ao modelo empregatício clássico bilateral, esse novo modelo sofre restrições a sua adoção, conforme será discutido adiante¹².

1.2 Breve histórico da terceirização no Brasil

A terceirização foi trazida para o Brasil pelas empresas multinacionais por volta dos anos 50, com a abertura do mercado interno para as empresas estrangeiras, que já utilizavam a terceirização para obtenção de maior produtividade. Um exemplo são as empresas automobilísticas cujas peças dos automóveis são produzidas por terceiros e a empresa principal monta o carro¹³. Entretanto, somente nos fins da década de 60 é que a ordem jurídica brasileira atribuiu maior destaque ao fenômeno da terceirização¹⁴.

Autores como Carlos Augusto Junqueira Henrique e Gabriela Neves Delgado, consideram que o primeiro instrumento normativo da terceirização no âmbito da administração privada brasileira foi a Lei 4.886, de 09/12/65, que dispõe sobre representação comercial autônoma¹⁵.

Cabe salientar que há controvérsia entre os autores sobre quais foram os primeiros normativos a descreverem a terceirização. Para Sérgio Pinto Martins¹⁶, a terceirização surgiu no país com a Lei 6.019, de 03/01/74, que trata do trabalho temporário nas empresas urbanas. Porém, outros autores acreditam que a terceirização como forma de

¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 25.

¹² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2002, p. 428-429.

¹³ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. 1. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 82.

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **op. cit.**, p. 429.

¹⁵ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **op. cit.**, p. 96-99.

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **op. cit.**, p.17.

contratação somente se iniciou com a Lei 7.102, de 20/06/83, que estabeleceu normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores no setor financeiro, alterada pela Lei 8.863, de 28/03/94¹⁷.

Os serviços de limpeza e conservação, cuja existência data de 1967, também podem ser considerados como os primeiros serviços a serem terceirizados por empresas brasileiras¹⁸.

Pode-se lembrar que em 1973 a locação de mão-de-obra no Brasil estava se tornando frequente, com aproximadamente 50.000 trabalhadores prestando serviços para 10.000 empresas na cidade de São Paulo, pois o objetivo das empresas era conseguir mão-de-obra mais barata para a execução de suas atividades acessórias¹⁹.

Cumprir notar que vários são os atos normativos que tratam diretamente ou indiretamente sobre o tema de terceirização, porém o legislador ainda não criou uma norma que definisse o tema completamente²⁰.

1.3 Natureza jurídica da terceirização

Para Sérgio Pinto Martins²¹ é difícil falar sobre qual seria a natureza jurídica da terceirização. Para o autor, a depender de como a terceirização será utilizada, poderá existir elementos de vários tipos de contratos, sejam eles de fornecimento de serviços ou de bens, sejam de locação de serviços. A natureza jurídica da terceirização será atrelada ao tipo de contratação utilizada, ou a combinação entre elas.

¹⁷ GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Terceirização de mão-de-obra**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 13-20.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 16.

¹⁹ Ibidem, p.17.

²⁰ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. 1. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 96-99.

²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **op. cit.**, p. 25.

Walter Torres Arienzo²² cita alguns tipos de contratações utilizadas na terceirização, como segue: trabalho temporário (Lei 6.019/74), contratação por meio de empresa interposta para serviços de vigilância (Lei 7.102/83), conservação e limpeza, serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, empreitada e prestação de serviços regidos pela legislação civil, onde o objeto intentado é o produto final e não os serviços em si, e representantes comerciais autônomos (Lei 4.886/65).

1.4 Vantagens e desvantagens da terceirização

A competição no mundo empresarial intensamente globalizado obriga à busca constante do aperfeiçoamento dos bens e serviços produzidos, juntamente com a diminuição de custos. Dentro desse contexto, o processo de terceirização é visto como um moderno meio de gestão da empresa, pois permite a diminuição dos custos e a melhoria da qualidade do produto ou do serviço, com o aparecimento de empresas altamente especializadas e com capacidade para dar respostas imediatas às necessidades de seus clientes²³.

Tal melhoria decorre do fato de que, com a terceirização, a empresa pode concentrar esforços em sua área de especialização, permitindo aumento de produtividade, aprimoramento do produto e redução de custos. Essa redução de custos é conseguida pelo corte da mão-de-obra diretamente empregada, com o consequente decréscimo dos encargos trabalhistas correspondentes, a redução do espaço físico necessário para operação da empresa, diminuindo custos, quer pelos ganhos com a redução do espaço físico, quer pelo reaproveitamento desse espaço para aumento da produção, e, ainda, gera a desburocratização

²² ARIENZO, Walter Torres. **Manual prático: CLT x Terceirização**. 1. ed., São Paulo: Difusão Cultural do Livro, 2002, p. 98-100.

²³ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 14-26.

da estrutura organizacional da empresa, tornando-a mais ágil²⁴.

Como vantagem para o trabalhador, há o incremento à criação e ao desenvolvimento de pequenas e médias empresas, aumentando os postos de trabalho, ou até mesmo surgindo oportunidades para que o trabalhador deixe de ser empregado para ser patrão, montando seu negócio próprio²⁵.

Não obstante as vantagens retrocitadas, a introdução do processo de terceirização tem um custo social que se reflete na transformação das relações laborais e suas consequências no direito do trabalho. Por isso, pode trazer como desvantagem a perda do trabalho com remuneração certa mensalmente e de benefícios sociais derivados do contrato de trabalho previstos para determinada categoria. Além disso, o ambiente de trabalho pode ser inferior em qualidade, o empregado pode ser deslocado constantemente de um lugar para outro, pode ter redução de salário, dentre outras perdas²⁶.

1.5 Restrições à terceirização nas entidades privadas

O corpo normativo do Direito do Trabalho dispõe que a regra é a relação empregatícia bilateral, expressa nos arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Portanto, as hipóteses de terceirização, que se configuram em uma relação trilateral, são excetivas. Ou seja, necessitam que a situação de fato esteja caracterizada entre aquelas dispostas na ordem justtrabalhista²⁷.

Para que a terceirização seja considerada lícita são necessários alguns requisitos genéricos: a existência da pessoa que de fato trabalha, o empregado; a empresa

²⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 43-44.

²⁵ Ibidem, p. 45.

²⁶ Ibidem, p. 45.

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2002, p. 438-442.

tomadora dos serviços, que é aquela que contrata esses serviços; e, entre esses dois últimos, a empresa que emprega o trabalhador, ou seja, a empresa prestadora de serviços ou interposta, que deve ser registrada regularmente, ter estrutura organizacional, além de possuir bens²⁸.

Além do respeito aos requisitos genéricos, a terceirização só pode ocorrer nas situações elencadas a seguir, que estão claramente assentadas no texto do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho - TST²⁹.

- contratação de trabalho temporário³⁰, na forma especificada pela Lei 6.019/74;
- atividades de segurança e vigilância, regidas pela Lei 7.102/83;
- atividades de conservação e limpeza;
- serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Se não restarem configuradas as situações citadas será caracterizada a terceirização ilícita, caso em que o prestador de serviços terá vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, tornando-se responsável direto por todos os direitos trabalhistas e previdenciários do trabalhador³¹.

Outrossim, mesmo caracterizadas as situações discriminadas pelo Enunciado nº 331 do TST, a terceirização será ilícita quando estiverem presentes a

²⁸ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. 1. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 87.

²⁹ ARIENZO, Walter Torres. **Manual prático: CLT x Terceirização**. 1. ed., São Paulo: Difusão Cultural do Livro, 2002, p. 98-100.

³⁰ O trabalho temporário define-se como: “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou acréscimo regular de serviços” (art. 2º, da Lei 6.019/74).

³¹ ARIENZO, Walter Torres. **op. cit.**, p. 98-100.

pessoalidade³² e a subordinação³³ com o tomador de serviços, ou seja, se constatada a presença dessas características, passará a existir a relação de emprego com o tomador³⁴.

Neste momento, vale destacar que contratos regidos pela legislação civil, como os de empreitada e os de prestação de serviço *lato sensu*, não se configuram em contrato de trabalho. Portanto, não estão adstritos às restrições retrocitadas, salvo se apresentarem distorções que descortine contrato de trabalho travestido de negócio jurídico admitido no Código Civil³⁵.

Assim, verifica-se que a legislação que rege a terceirização limita a utilização de tal instrumento. Porém, como se verá adiante, especialmente, no que se refere à terceirização na Administração Pública, os comandos esculpidos nos normativos não são suficientes para cuidarem da diversidade de casos concretos necessitando que a jurisprudência atue de forma a discernir, diante dos fatos, a terceirização lícita da ilícita. Tal dificuldade é decorrência, principalmente, da inexistência de conceitos claros sobre atividade-meio e atividade-fim e, ainda, de fraudes em contratos regidos sob a capa de negócios jurídicos admitidos pelo Código Civil, mas que na realidade são autênticos contratos de trabalho pactuados em afronta aos permissivos legais³⁶.

Nesse diapasão, o estudo mais aprofundado dos enunciados é de suma

³² **Pessoalidade:** juridicamente o tomador contrata serviços – e não mão-de-obra da empresa prestadora, não podendo vincular obrigatoriamente um determinado empregado dessa empresa prestadora ao serviço contratado (MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 31).

³³ **Subordinação:** é o aspecto da relação de emprego visto pelo lado do empregado, enquanto poder de direção é a mesma acepção vista pelo ângulo do empregador. Ocorre quando o tomador de serviços que contrata, demite, promove ou pune o empregado (MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 31).

³⁴ ARIENZO, Walter Torres. **Manual prático: CLT x Terceirização**. 1. ed., São Paulo: Difusão Cultural do Livro, 2002, p. 120-121.

³⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo, *et. al.*. **Instituições de Direito do Trabalho**. vol. I, 22. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 278-289.

³⁶ *Ibidem*, p. 278-286.

importância para o estudo do desenvolvimento do tema, de forma que, a seguir, serão mencionados os principais enunciados do TST que tratam ou trataram sobre a matéria.

1.6 Enunciados do Tribunal Superior do Trabalho – TST

Preocupado com as fraudes aos direitos trabalhistas, em decorrência de terceirizações ilícitas de serviços, o TST passou a condenar reiteradamente os abusos cometidos, editando diversos enunciados sobre o tema³⁷. Doravante, serão elencados, em ordem lógica, os principais enunciados do TST sobre o tema. Ou seja, de forma a facilitar o entendimento, não será respeitada a ordem de numeração dada pelo Tribunal.

1.6.1 Enunciado nº 256

Segundo Maurício Godinho Delgado³⁸, na década de 70, devido aos parcos normativos a respeito da terceirização, o judiciário viu-se obrigado a praticar intensa atividade interpretativa, em busca de submeter a nova realidade sociotrabalhista à legislação então vigente. No entanto, somente nos anos 80, o Tribunal Superior do Trabalho fixou enunciado a respeito da licitude da terceirização (Enunciado nº 256 do TST), incorporando orientação fortemente limitativa à utilização de tal instrumento.

O Enunciado nº 256 do TST revisto, posteriormente, pelo Enunciado nº 331 do TST, tinha a seguinte redação: “salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis 6.019/74 e 7.102/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”.

³⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 26.

³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2002, p. 436-438.

Para Nilton Oliveira Gonçalves³⁹, com a criação da Lei 7.102/83, alguns empresários utilizaram-se de seus preceitos para contratações em outros ramos de atividades, passando a fazer o papel de atravessadores de mão-de-obra, com a finalidade de burlar a legislação e obterem lucro com a operação, uma vez que contratavam trabalhadores sem nenhuma garantia ou proteção legal. Com essa situação de fraude, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado nº 256, que impedia a contratação de trabalhadores por empresas interpostas.

De acordo com Sérgio Pinto Martins⁴⁰, o referido Enunciado teve como principal objetivo tornar mais rígida a possibilidade de terceirização de serviços porque definiu que, ressalvados os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, seria formado o vínculo empregatício entre o trabalhador e a tomadora de serviços. O autor considera que um dos principais motivos para a criação do enunciado foi não permitir a intermediação de mão-de-obra, mediante a contratação de trabalhadores por empresa interposta.

Por oportuno, vale transcrever a análise de Arnaldo Süssekind *et. al.*⁴¹ sobre o dito enunciado:

A redação ampla deste enunciado causou perplexidade, na medida em que admitiu conclusões de seguinte ordem: 1ª) estão proibidas, *contrario sensu*, todas as demais formas de contratação em que presente o fator mão-de-obra, validando apenas o trabalho temporário, o serviço de vigilância e hipóteses outras que a lei venha a tipificar; 2ª) questões hodiernas e de maior complexidade jurídica, como a contratação de empresas especializadas em atividades paralelas ou de suporte às atividades-fim do empreendimento (terceirização), ausentes os desvirtuamentos fáticos acima referidos, não foram contempladas nesta síntese jurisprudencial, sendo-lhe, pois, inajustável.

³⁹ GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Terceirização de mão-de-obra**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 13-20.

⁴⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 119-121.

⁴¹ SÜSSEKIND, Arnaldo, *et. al.*. **Instituições de Direito do Trabalho**. vol. I. 22. ed., São Paulo: LTr, 2005, 278-286.

Ou seja, o referido enunciado negou o princípio que rege a coisa privada, da licitude do não proibido, esculpido no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “ninguém pode ser constrangido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ademais, apesar de condizentes com os aspectos da terceirização, os serviços de limpeza e conservação não foram elevados às exceções estabelecidas pelo enunciado em questão⁴².

Em análise dos precedentes que levaram a edição do citado enunciado, Sérgio Pinto Martins concluiu que a maior parte dos julgados referia-se a contratação de empresa para serviços de limpeza, pois se entendia que havia fraude na execução dos serviços pelo empregado no estabelecimento da tomadora, sem, contudo, ter as garantias e benefícios da tomadora⁴³.

Dessa feita, o enunciado pecou por colocar, salvo as restritas situações que menciona, toda terceirização como ilícita, mesmo em casos em que a especialização de mão-de-obra denotava que o interesse do tomador era pelos serviços prestados e não pela simples locação de mão-de-obra⁴⁴.

Com o passar do tempo, a aplicação do enunciado passou a ser menos restritiva, isto é, as ressalvas por ele mencionadas, contratação de trabalho temporário e de serviços de vigilância, começaram a ser tomadas como exemplificativas e não taxativas, bem como a sua utilização ficou adstrita aos casos concretos em que se verificava a fraude⁴⁵.

⁴² SÜSSEKIND, Arnaldo, *et. al.*. **Instituições de Direito do Trabalho**. vol. I. 22. ed., São Paulo: LTr, 2005, 278-286.

⁴³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 127-131.

⁴⁴ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. 1. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 102.

⁴⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **op. cit.**, p. 119-126.

Nesse sentido, pode-se citar as ementas dos seguintes julgados do Tribunal Superior do Trabalho:

Locação de mão de obra – Aplicação do Enunciado 256. O Enunciado 256 não pode ser aplicado indiscriminadamente, mas apenas naqueles casos em que fica demonstrado que a intermediação teve o objetivo fraudulento. Recurso de Revista conhecido e provido⁴⁶.

(...) Existindo legalmente empresas prestadoras de serviços, é ilegal que se lhes negue a qualificação de empregadoras, salvo as hipóteses de fraude. A enumeração contida no Enunciado 256, da Súmula desta Colenda Corte, há que ser considerada de forma exemplificativa, não taxativa, comportando assim, o reconhecimento da legalidade do vínculo formado entre o empregado e o prestador de serviço sem espécies outras que não as expressamente elencadas no verbete sumulado. O intérprete há que buscar, na aplicação dos próprios precedentes jurisprudenciais, interpretação compatibilizadora daqueles com a legislação em vigor. Recurso de Revista conhecido, a que se nega provimento⁴⁷.

Segundo Maurício Godinho Delgado⁴⁸, o vigor restritivo do enunciado em questão, associado à acirrada polêmica judicial que sempre conduziu a sua aplicação, precipitou a revisão, editando-se o Enunciado nº 331 do TST.

1.6.2 Enunciado nº 331

Assim, o Enunciado nº 256, considerado rígido demais, foi revisto pelo Tribunal Superior do Trabalho, com a edição do Enunciado nº 331, em dezembro de 1993. Diante da importância desse enunciado para o trabalho ora desenvolvido, vale transcrever seus incisos I, III e IV, que afetam as terceirizações no âmbito das entidades privadas. O inciso II será tratado no capítulo seguinte, quando será abordada a terceirização na Administração Pública.

Contrato de prestação de serviços – Legalidade – Revisão do Enunciado nº

⁴⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1ª Turma. RR-757/90. Relator: Min. Almir Pazzianotto. Brasília, DF, 26 mar. 90, DJ de 29/06/90.

⁴⁷ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1ª Turma. RR-2608/89. Relator: Min. José Luiz Vasconcellos. Brasília, DF, 30 mai. 89, DJ de 08/09/89.

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2002, p. 436-438.

256.

I- a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019/74);

II – *omissis*;

III- não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta (Lei 7.102/83);

IV- o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quando o tomador dos serviços for órgão da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei 8.666/93).

Preliminarmente, pode-se observar que, em relação ao Enunciado nº 256 do TST, a nova diretriz do Tribunal ampliou a gama de situações em que a terceirização é considerada lícita, trazendo para a licitude a terceirização de serviços de conservação, limpeza e demais serviços especializados ligados à atividade-meio.

No que concerne ao inciso I, verifica-se que o novo enunciado continuou impossibilitando a contratação de atravessador de mão-de-obra por meio de empresa interposta, ressaltando-se o caso de trabalho temporário, como no Enunciado nº 256⁴⁹.

Portanto, o trabalho temporário, estabelecido na Lei 6.019/74, é a única circunstância em que a locação de mão-de-obra é permitida⁵⁰.

O inciso III do enunciado ora estudado elencou como situação-tipo de terceirização lícita a “atividade de vigilância”, em contraponto ao Enunciado nº 256, que se

⁴⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 129-136.

⁵⁰ POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 25-37.

reportava aos serviços de vigilância estabelecidos na Lei 7.102/83. Com isso, abrangeu-se não somente os serviços de vigilância do segmento bancário, possibilitando que qualquer segmento do mercado de trabalho terceirize os serviços de vigilância mediante contratação de empresa especializada⁵¹.

Outrossim, inovou ao considerar lícita as terceirizações para serviços de conservação e limpeza, bem como de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Contudo, mesmo para as atividades-tipo elencadas no enunciado, para que sejam viáveis a terceirização desses serviços, não pode haver a subordinação direta do empregado com a empresa tomadora e a personalidade, sob pena de formar vínculo empregatício diretamente com a tomadora⁵².

Segundo Arnaldo Süssekind *et. al.*⁵³, o sentido do inciso III do Enunciado nº 331 pode ser entendido da seguinte forma:

Ao Direito do Trabalho importa que a empresa desenvolva com empregados próprios as atividades que explicam sua existência e lhe dão perenidade. A fraude não está em ser este contingente de pessoal enxuto em relação ao número de empregados que um dia a empresa já ostentou. A fraude à legislação do trabalho reside em:

- I) seccionar atividades realmente essenciais da empresa como se fossem acessórias, terceirizando-as; e
- II) independente da atividade desmembrada, supepor um contrato civil os traços fáticos definidores das partes no contrato de trabalho (arts. 2º e 3º da CLT).

Assim, diferentemente do enunciado anterior, a ilicitude passa a ser relativa,

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2002, p. 438-441.

⁵² HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. 1. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 105-109.

⁵³ SÜSSEKIND, Arnaldo, *et. al.*. **Instituições de Direito do Trabalho**. vol. I. 22. ed., São Paulo: LTr, 2005, 278-286.

isto é, para que a terceirização seja considerada ilícita deve haver fraude cujo objetivo seja frustrar a legislação trabalhista. Por sua vez, os indícios para que seja evidenciada a fraude encontra-se no inciso III do enunciado, ou seja, quando houver subordinação direta e pessoalidade do empregado com relação à empresa tomadora⁵⁴.

A possibilidade de contratação de serviços não essenciais gerou discussão em torno do que seria a atividade-meio para a empresa. De acordo com Wilson Alves Polonio⁵⁵, existem duas correntes doutrinárias a respeito do assunto, a primeira, entende que a atividade-fim está relacionada à essencialidade do serviço, o que permite a conclusão de atividade-meio não seria essencial. A segunda corrente sugere que a atividade-fim está intrinsecamente relacionada com o objeto social da pessoa jurídica, sendo as demais atividades-meio.

Diante desse contexto, cumpre transcrever análise a respeito das correntes retrocitadas, feitas por Wilson Alves Polonio⁵⁶:

Com relação a primeira linha de pensamento, temos certa dificuldade em visualizar, na prática, a aplicação do critério de identificação da atividade-fim por ela sustentada. É que a essencialidade, segundo entendemos, está intrinsecamente relacionada à necessidade. Destarte, qualquer serviço, cuja paralisação implique descontinuidade das operações normais da empresa, e do cumprimento de seu objeto social, são necessárias e, portanto, essenciais (atividade-fim segundo esse posicionamento).

Nesse contexto, num passeio pela área operacional de uma empresa de produção, poderíamos identificar, a título exemplificativo, serviços de manutenção de máquinas e equipamentos, serviços de transporte, serviços burocráticos de controle de produção etc., os quais, tendo em vista sua necessidade/essencialidade, seriam classificados, por essa posição doutrinária, como atividade-fim.

A segunda corrente de opinião parece-nos a mais coerente com os sistemas

⁵⁴ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. 1. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 105-109.

⁵⁵ POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 25-37.

⁵⁶ Ibidem, p. 25-37.

operacionais das empresas. Não obstante isso, ainda vislumbramos certa dificuldade de aplicação da premissa em sua plenitude, por aquela linha de pensamento esposada, para identificação da atividade-fim. De fato, os exemplos citados (serviço de manutenção de máquinas e equipamentos, transporte etc.) seriam, sob esse enfoque de enquadramento, classificados como atividade-meio e, portanto, passíveis de terceirização. Na área administrativa, todo e qualquer tipo de serviço poderia ser terceirizado, de vez que não estaria **diretamente** ligado ao objeto social.

Portanto, conforme se pode verificar do exposto, a distinção entre atividade-meio e atividade-fim está longe de ser objetiva, o que dificulta a realização de um conceito legal que abarque todas as situações possíveis, devendo a verificação sobre a licitude ou a ilicitude da terceirização ser feita em cada caso concreto⁵⁷.

O tema deste trabalho não envolve o aspecto da responsabilização sobre as obrigações trabalhistas decorrentes da terceirização, tratadas no inciso IV do enunciado ora analisado. Não obstante, vale mencionar que a responsabilidade subsidiária é uma espécie de benefício de ordem, ou seja, não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (a empresa tomadora de serviços). Tal fato decorre de que o elo mais fraco, no caso, o empregado, não pode ficar no prejuízo em decorrência de inidoneidade financeira da empresa prestadora de serviço, uma vez que incorre em culpa a tomadora de serviço pela escolha inadequada da prestadora de serviços e por não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas⁵⁸.

1.6.3 Enunciado nº 239

O Enunciado nº 239 do TST dispõe que: “é bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a

⁵⁷ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 20.

⁵⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 134-136.

empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros”.

Com a edição do citado Enunciado, o TST definiu que seria ilícita a contratação terceirizada de empregado de empresa cuja atividade seja de processamento de dados que presta serviço a bancos integrantes do mesmo grupo econômico. Assim, nesse caso, estaria criado o vínculo empregatício direto do empregado com o tomador de serviços, uma vez que o empregado seria considerado bancário⁵⁹.

Como forma de burlar a jornada de trabalho de 6 horas afeta aos bancários, os bancos estavam criando empresas de processamento de dados para contratar empregados com jornada de trabalho de 8 horas. No intuito de garantir os direitos trabalhistas, o TST entendeu que as atividades desenvolvidas por essas empresas de processamento de dados eram atividades-meio, não típicas, mas necessárias ao setor bancário para a prestação de serviços aos clientes⁶⁰.

Sérgio Pinto Martins⁶¹ entende que tal enunciado deve ser aplicado diante da análise de cada caso concreto, como segue:

Ao se dizer que o “serviço de processamento de dados é atividade bancária, indispensável ao funcionamento de qualquer banco comercial”, visando exclusivamente à burla da lei (RR 5.440/82, Ac. 3ª T. 3.858/83), com a criação de empresas prestadoras de serviços bancários, deve-se verificar, hodiernamente, que o serviço de processamento de dados é atividade imprescindível a qualquer empresa, seja um banco, um escritório de advocacia, uma indústria ou comércio, para elaboração de faturas e duplicatas, cadastro de clientes, controle de fluxo de caixa, de duplicatas a receber, de contas a pagar, e, inclusive, nos próprios tribunais, em que se tornou serviço indispensável ao funcionamento das referidas cortes. É o que acontece hoje em qualquer grande tribunal ou até nos pequenos. Não se diga que as empresas que prestam serviços aos tribunais trabalhistas têm seus empregados considerados como funcionários públicos. Evidencia-se que o enquadramento como bancário deve ser feito à luz do permissivo

⁵⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 26-28.

⁶⁰ Ibidem, p. 107-115.

⁶¹ Ibidem, p. 109.

consolidado e de acordo com a determinação da Comissão de Enquadramento Sindical, conforme quadro anexo à CLT, que ainda continua em vigor, nunca se podendo estabelecer uma presunção *iuris et iure*, portanto, absoluta, para todos os casos e situações possíveis. Seria o caso de se dizer que, à medida que a empresa de processamento de dados vai prestando serviços a outras empresas, como indústrias, empresas públicas, de profissionais liberais, seus empregados também iriam passando a metalúrgicos, servidores públicos etc., o que se mostraria uma falácia. Daí a ocorrência de casos que serão díspares com a realidade, se não existir fraude.

Com isso, conclui-se que esse enunciado não deve ser utilizado de uma forma geral, sem análise do caso concreto, pois se a empregadora fornecer serviços de processamento de dados para entidades do setor bancário e também para outras empresas, a terceirização é lícita⁶².

1.6.4 Enunciado nº 257

O Enunciado nº 257 do TST diz que “o vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermediário de empresas especializadas, não é bancário”.

O citado enunciado mostrou-se coerente com a Lei 7.102/83, pois permitiu a contratação de vigilante nas instituições bancárias por meio de terceirização, além de não considerar o vigilante como bancário, pois suas atribuições são diversas⁶³.

1.7 Observações finais sobre a terceirização nas entidades privadas

A globalização e o implemento da política neoliberal flexibilizaram as estruturas do trabalho e do emprego, aumentando a exploração da força de trabalho como forma de sobrevivência frente à competitividade do mercado mundial. Nesse contexto, surge a terceirização, com o fim principal de reduzir custos e aumentar o mercado das empresas, fazendo com que o fator social associado ao mercado de trabalho ceda frente aos interesses

⁶² HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. 1. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 101.

⁶³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 102-105.

econômicos⁶⁴.

Com o advento da terceirização e o consequente crescimento da relação de emprego triangular, percebeu-se, de imediato, afronta aos princípios básicos inseridos na CLT, em especial, os disciplinados nos arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, do mencionado normativo. Na seara constitucional, a terceirização agride a dignidade da pessoa humana, da justiça social e do valor social do trabalho⁶⁵.

Não obstante, a pressão econômica das empresas e a nova realidade do mercado mundial fizeram com que fosse introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de terceirização de serviços, tendo essa nova construção juristrabalhista sido realizada lentamente.

As Leis 4.886/65, 6.019/74 e 7.102/83 são exemplos de evolução normativa a respeito da terceirização nas entidades privadas. Pode-se citar, ainda, que o Enunciado nº 256 do TST, que restringia em demasia as possibilidades de terceirização, foi substituído pelo Enunciado nº 331 do TST, que estabelece uma ampla gama de serviços terceirizáveis, porém, os limites traçados para delimitar as terceirizações lícitas não são claros, necessitando uma análise de cada caso concreto.

Destarte, percebe-se que os normativos a respeito da terceirização nas entidades privadas figuram entre a proteção ao trabalhador e à livre iniciativa, art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Na Administração Pública, tema central deste trabalho, a preocupação com

⁶⁴ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. 1. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 136-138.

⁶⁵ Ibidem, p. 136-138.

os possíveis desvirtuamentos do processo de terceirização é maior, uma vez que tal fato gera afronta ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, além de graves prejuízos para o trabalhador, já que não é admitido, para esses casos, o vínculo do trabalhador com a Administração Pública, conforme inciso II do Enunciado nº 331 do TST, que será apresentado de forma detalhada mais adiante.

Como contraponto, existe a necessidade de dar agilidade à máquina pública, sendo a terceirização instrumento importante para esse intento. Porém, diferentemente das entidades privadas que podem fazer tudo o que não for proibido em lei (art. 5º, inciso II, da CF/88), na Administração Pública impera o princípio da legalidade, onde só é permitido o que está previsto em lei.

Por isso, o legislador tomou cuidado especial ao permitir a terceirização na Administração Pública, adotando alguns limites que são utilizados no âmbito das entidades privadas, daí a necessidade inicial de abordar o tema, além de outros que serão analisados doravante.

2 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A privatização na Administração Pública, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁶, em sentido amplo, abrange todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado, que compreendem, fundamentalmente:

- a. a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico);
- b. a desmonopolização de atividades econômicas;
- c. a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização);
- d. a concessão de serviços públicos (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo);
- e. os *contracting out* (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e de prestação de serviços); é nessa última forma que entra o instituto da terceirização.

Portanto, a terceirização constitui uma das formas de privatização, onde a Administração Pública busca parceria com o setor privado para a realização de suas atividades⁶⁷.

Tomado em uma acepção ampla, muitas vezes tem sido adotado o termo terceirização, no contexto da reforma do Estado, sempre que o serviço público seja prestado com o auxílio de terceiro. Dessa forma, a concessão de serviços públicos seria uma forma de terceirizar. Outros exemplos, seriam os casos das diferentes técnicas que as transformações do

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 23-26.

⁶⁷ Ibidem, p. 228-229.

Estado têm introduzido, como a gestão de serviços públicos pelas organizações sociais ou as cooperativas de saúde implantadas no Município de São Paulo sob a denominação de PAS - Programa de Apoio à Saúde. Em todos esses exemplos, o Poder Público transfere a gestão do serviço a um gestor operacional, circunstância que a diferencia da terceirização no conceito restrito que é o objeto deste estudo⁶⁸.

A terceirização que se aprofunda neste trabalho é a denominada em sentido restrito, ou seja, é aquela em que o gestor operacional repassa a um particular, por meio de contrato administrativo, a prestação de determinada atividade, como mero executor material, destituído de qualquer prerrogativa de Poder Público. Não se cuida de transferência de gestão do serviço público, mas de mera prestação de serviços.

2.1 Evolução legal da terceirização na Administração Pública

A terceirização é um instrumento típico da iniciativa privada, mas vem sendo empregada também na Administração Pública, como forma de buscar parcerias com o setor privado para realização de suas atividades⁶⁹.

Na Administração Pública tal instrumento é comumente justificado por oferecer as seguintes vantagens: possibilidade de contratação de serviços indisponíveis na Administração Pública, concentração dos esforços da máquina pública no desempenho de suas atividades-fim, redução de encargos trabalhistas e previdenciários e diminuição da estrutura física das unidades administrativas⁷⁰.

⁶⁸ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 39.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p.228-229.

⁷⁰ MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público: procedimento restrições e controle**. 1. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 74.

O Decreto-lei 200/67 tornou-se o marco inicial para a utilização da terceirização como maneira de gerir a coisa pública, traduzindo a preocupação da Administração com agigantamento das atividades estatais. A alínea 'c', §1º, art. 10 do mencionado normativo, foca-se na transferência das atividades de execução da Administração Federal para o setor privado, por intermédio dos contratos ou concessões, que são espécies do gênero terceirização⁷¹.

O § 7º do art. 10, do mesmo normativo, dispõe que:

Art. 10 - *omissis*

§ 7º - Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Portanto, pela interpretação do referido artigo, restou clara a possibilidade de a Administração Pública transferir a terceiros a execução de atividades acessórias, por meio de instrumentos contratuais⁷².

Tempos depois, o Decreto-lei 2.300, de 21/11/86, revogada pela Lei 8.666/93, enumerou as atividades que poderiam ser contratadas pela Administração Pública, quais sejam: serviços de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza, dentre outros serviços assemelhados.

O Decreto-lei 2.300/86, permitia que fossem contratados com terceiros a execução de serviços e obras. Inclusive, no seu art. 9º, inciso II, alínea 'c', era admitida a execução indireta de serviços e obras pelo regime de Administração Contratada. Tal regime

⁷¹ OLIVEIRA, Carla Nogueira Fernandes de. **O êxito da terceirização das atividades-meio na Administração Pública Federal brasileira**. Monografia (Especialista em Gestão em Logística na Administração Pública) – Instituto de Ciências Sociais – ICS, Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal – AEUDF, Brasília, 2003.

⁷² HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 261-266.

era conceituado pelo art. 5º, inciso VI, alínea ‘c’, do referido normativo, *in verbis*: “c) Administração Contratada – quando se contrata a execução da obra ou do serviço, mediante reembolso das despesas e pagamento da remuneração ajustada para os trabalhos de administração”.

O instituto da Administração Contratada, também chamado como contrato *cost plus fee*, foi assim definido por Hely Lopes Meirelles⁷³: “no regime de administração contratada, o Poder Público confia a execução a um particular, mediante remuneração percentual sobre o valor total da obra, nele incluído o custo do material e do pessoal fornecido pela Administração ou pelo próprio contratante”.

Segundo Marçal Justen Filho⁷⁴, no regime de Administração Contratada não há riscos associados ao negócio da empresa interposta, pois, nesse sistema, “o preço consiste no custo da execução mais uma comissão assegurada ao contratado. A administração tem o dever de reembolsar o particular por todas as despesas incorridas e remunerá-lo pela comissão. Logo, o lucro do particular é certo, ainda que delimitado”.

Dessa forma, percebe-se que no regime de Administração Contratada não há um produto associado ao contrato, tendo como objetivo a mera intermediação de mão-de-obra. Outrossim, considerando que o conceito de empregador está associado ao da empresa que assume os riscos da atividade econômica, conforme o *caput* do art. 2º da CLT, corria-se o risco de que a terceirização (via contratação por regime de Administração Contratada) formar vínculo empregatício entre o trabalhador e a Administração Pública (tomadora dos serviços). Tal fato era possível devido ao texto constitucional então vigente (Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 01/1969) não obrigar a realização de concurso público para o

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 9. ed., São Paulo: RT, 1982, p. 204-225. A referência à obra de 1982 deveu-se ao tema ‘Administração Contratada’ não constar das edições mais recentes.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 5. ed., São Paulo: Dialética, 1998, p. 97.

preenchimentos de empregos públicos⁷⁵, restringindo tal obrigação à primeira investidura em cargos públicos⁷⁶.

O Tribunal de Contas da União - TCU, por meio da Decisão 293/1992 – Plenário⁷⁷, referente a processo que tratava de estudos realizados com o objetivo de oferecer subsídios para a modernização e o aprimoramento do Decreto-lei 2.300/86, combateu veementemente tal regime, *in verbis*:

Versavam os autos sobre estudos realizados com o objetivo de oferecer subsídios para a modernização e o aprimoramento do Decreto-lei nº 2.300/86. Na Sessão de 07 de agosto de 1991, tendo em vista a necessidade de se modernizar e aprimorar o Decreto-lei nº 2.300/86, resultante, por exemplo, da não recepção de alguns de seus artigos pela Constituição de 1988, da nova figura do "Contrato de Gestão" e de dúvidas sobre a aplicação dos artigos 85, § 1º e 86 ao universo das empresas públicas e sociedades de economia mista, o Tribunal, acolhendo requerimento deste Relator, adotou a Decisão de: - constituir uma comissão de estudos com vistas a oferecer subsídios para a modernização e o aprimoramento do Decreto-lei nº 2.300/86; - encaminhar ao Congresso Nacional, a título de colaboração, as conclusões apresentadas. (...) De todas alterações que propusemos ao vigente texto do Decreto-lei nº 2.300/86, algumas parecem-nos merecedoras de destaque especial, porquanto destinadas a suprir lacunas e falhas da atual legislação que, desenganadamente, têm se prestado à sustentação de procedimentos licitatórios eivados de soluções equivocadas e, por vezes, pouco consentâneas com os princípios constitucionais de administração pública e, em particular, com aqueles básicos de licitação inscritos no art. 3º do citado Decreto-lei. Isso posto, apresentamos em seguida aquelas alterações, relativamente ao disciplinamento contido no Decreto-lei nº 2.300/86, que nos afiguram mais importantes, tais sejam:

(...)

d) eliminação da hipótese de contratação de obras e serviços na modalidade de administração contratada (arts. 5º, VI, c, e 9º, II, c, do Decreto-lei nº 2.300/86). A alteração em referência parece-nos relevante sobretudo pelos significativos riscos inerentes a tal modalidade de contratação, a qual exige da Administração contratante cuidados extremos de fiscalização (para o que, muitas vezes, não dispõe de meios), sob pena de incorrer em prováveis

⁷⁵ Emprego público: são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 235).

⁷⁶ Cargo público: é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser acometidas a um servidor (art. 3º da Lei 8112, de 08/12/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis).

⁷⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Decisão nº 293. Relator Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília, DF, 03 jun. 1992, DOU de 16/06/92.

prejuízos com o conseqüente encarecimento final da obra/serviço. Como é sabido, ao contratado, que se remunera pelo que é empregado na obra/serviço, interessa em particular que os custos da execução sejam os mais elevados, já que, assim, também os seus ganhos serão aumentados. Demais disso não nos parece que, diante do sistema de planejamento e orçamentos públicos instituído pela Carta Magna de 1988, haja legitimação para a execução de qualquer obra (investimento em geral) cujo custo total não esteja prévia e criteriosamente fixado e os recursos correspondentes devidamente assegurados tanto no orçamento anual, como no plano plurianual (diretamente ou por lei especial autorizando inclusão). Daí, pois, a conclusão de que qualquer obra a cargo da Administração Pública, quando não executada diretamente, haveria de ser contratada sob o regime de empreitada por preço global, uma vez que a administração contratada e a empreitada por preço unitário, de regra, propiciam indesejável elastério do custo final da obra em relação ao planejado;

Da retrocitada Decisão do TCU, surgiram subsídios para a implementação de novo ato normativo referente a licitações e contratos administrativos, concretizado pela edição da Lei 8.666/93.

Atualmente, o regime da Administração Contratada não mais perdura no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista o veto presidencial apostado à alínea ‘c’ do inciso VIII do art. 6º da Lei no 8.666/93, conforme observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁸: “A Lei 8.666/93 não mais prevê essa modalidade, que foi vetada pelo Presidente da República”.

2.2 Conflito constitucional: Terceirização X Concurso Público

A Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que autoriza a Administração Pública a contratar serviços com terceiros (artigo 37, inciso XXI), prevê que a investidura em cargos e empregos públicos deve se dar por meio de concursos públicos (artigo 37, II). Daí porque muito se diz que a terceirização por vezes encerra forma de burlar o princípio constitucional, ao ensejar que pessoas físicas não concursadas desempenhem função pública⁷⁹.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**, 5. ed., São Paulo: Atlas, 1995, p.252.

⁷⁹ RAMOS, Dora Maria. **Terceirização na Administração Pública**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 43.

É inegável que não há conflito entre os dois dispositivos constitucionais retrocitados, pois, enquanto a terceirização tem a função de dar maior agilidade a Administração na contratação de serviços de natureza específica, cuja complexidade ou a singularidade leva a necessidade de contratar a realização desses serviços com terceiros, o concurso público, realizado dentro dos preceitos constitucionais da legalidade, isonomia e impessoalidade, é o meio mais eficaz, eficiente, impregnado de moralidade e democrático que até agora se apresenta para admissão de pessoal no serviço público, em cujo procedimento são aferidas as aptidões pessoais e selecionados os melhores candidatos ao provimento de cargos e empregos públicos⁸⁰.

Não obstante, deve ser observado que a Constituição não dá guarida a contratos de fornecimento de mão-de-obra para a Administração Pública, ainda que sejam realizados com fundamento na Lei 6.019/74, que disciplina o trabalho temporário, uma vez que a Carta Magna, no art. 37, inciso II, exige que a investidura em cargos, empregos ou funções se dê sempre por concurso público⁸¹.

A única hipótese em que se poderia enquadrar a contratação temporária, sem concurso, seria aquela prevista no art. 37, inciso IX, da Constituição, que prevê a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público. Não obstante, tal dispositivo não é auto-aplicável, pois depende de que seja disciplinado em lei, que dirá como se fará a contratação e elenca as hipóteses em que ela será possível⁸².

⁸⁰ MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público: procedimento, restrições e controle**. 1. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 56-57.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 234.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 234.

Em 09/12/1993, foi publicada a Lei 8.745, que regulamentou o retrocitado artigo da Constituição Federal, cumpre notar que, na maioria das atividades por ela elencadas, exige-se a seleção por concurso público, salvo os casos de urgência, uma vez que são incompatíveis com o procedimento do concurso público⁸³.

Portanto, tal dispositivo é incompatível com necessidades permanentes da Administração Pública, podendo ser utilizado somente nos casos em que for demonstrada a ocorrência temporária de acréscimo de serviços ou diminuição dos servidores do quadro permanente. Dessa forma, resta afastada, também, a contratação por meio de interposta pessoa, como ocorre nos contratos de fornecimento de mão-de-obra⁸⁴.

Segundo Di Pietro⁸⁵, a celebração de contratos de fornecimento de mão-de-obra pela Administração Pública acarreta em: burla à exigência constitucional de concurso público; afronta às normas constitucionais sobre servidores públicos; cobrança de taxas de administração incompatíveis com os custos operacionais, com os salários pagos e com os encargos sociais; e inobservância das regras de contratação temporária.

Diante desse contexto, é perfeitamente lícito a Administração Pública realizar a terceirização por meio de contrato de prestação de serviços, mas é ilícito o contrato para fornecimento de mão-de-obra⁸⁶.

2.3 Limites normativos para a terceirização na Administração Pública

Diante da análise realizada no capítulo anterior, em que se observou que a Constituição Federal de 1988 não permite à Administração Pública realizar contrato de

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 235.

⁸⁴ Ibidem, p. 235-236.

⁸⁵ Ibidem, p. 235.

⁸⁶ Ibidem, p. 236.

fornecimento de mão-de-obra, tornou-se premente a necessidade de que fossem estabelecidos parâmetros que evitassem a contratação de fornecimento de mão-de-obra sob o manto de contrato de prestação de serviços.

Assim, embora a Constituição tenha permitido a contratação de serviços pela Administração Pública, ao mesmo tempo em que assegurou que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público, não estabeleceu a forma de assegurar que a contratação de serviços não acarrete, de fato, em contratação de mão-de-obra sem concurso público. Tal tarefa coube a normativos infraconstitucionais e infralegais.

De forma a assegurar que a contratação de serviços não acarretará em burla ao concurso público, o legislador estabeleceu restrições para essas contratações. A Lei Complementar 101, de 04/05/2000, contabiliza os valores dos contratos de terceirização para efeito de limitação de gastos com pessoal na Administração Pública; a Lei 8.666/93 impede a contratação de locação de mão-de-obra, ou seja, não permite a contratação quando existentes a pessoalidade e a subordinação direta do empregador com o prestador de serviços; por fim, o Decreto 2.271/97 veda a contratação de serviços ligados à atividade-fim ou que tenham suas atividades previstas no plano de cargos e salários de órgão ou entidade da Administração Pública.

Por fim, como limitador, pode-se elencar, ainda, o Enunciado nº 331 do TST, que impede que os trabalhadores terceirizados formem vínculo com a Administração Pública direta, indireta e fundacional.

2.3.1 A Lei 8.666/93

Preliminarmente, destaca-se que o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988 é o dispositivo legal que fundamenta a terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública, uma vez que o inclui entre os contratos que dependem de licitação⁸⁷.

Neste momento, cumpre transcrever o conceito de licitação apresentado por Marçal Justen Filho⁸⁸:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

A Constituição Federal de 1988 recepcionou o Decreto-lei 2.300/86, que dispunha sobre as regras para a realização de licitações, e, conforme já mencionado no início do capítulo 2, tal normativo permitia a contratação de serviços pelo regime de administração contratada, o que, na prática, autorizava a contratação de mão-de-obra pela Administração Pública.

Atualmente, a Lei 8.666/93 é o ato legal que disciplina as licitações e contratos na Administração Pública Direta e Indireta. Por sua vez, conceitua, de forma exemplificativa, a prestação de serviços como toda atividade destinada à demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos profissionais (artigo 6º, inciso II)⁸⁹.

A Lei 8.666/93 permite que a Administração Pública celebre contratos de

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 236.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 309.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **op. cit.**, p. 237.

empreitada⁹⁰ ou tarefa⁹¹, seja para realização de obra pública, conforme definido no art. 6º, inciso I, seja para prestação de serviço, conforme dispõe o art. 6º, inciso II, e art. 13. Isto é, são contratadas empresas para executarem um objeto previamente definido, formando vínculo contratual com a empresa e não com seus empregados⁹².

Vale observar, ainda, que no artigo 67, *caput*, a mesma lei autoriza a contratação de terceiros para assistir e subsidiar o Poder Público nos trabalhos de acompanhamento e fiscalização de obras.

Portanto, a Lei de Licitações não permite a contratação de trabalhador por meio de intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros, ou seja, é vedado o fornecimento de mão-de-obra, uma vez que os regimes de contratação autorizados pelo normativo em questão, empreitada e tarefa, exigem que o objeto do contrato seja definido, isto é, seja prestação de serviços, e na locação de mão-de-obra o objeto, em geral, não é definido⁹³.

As Procuradoras do Estado da Bahia, Leyla Bianca Correia Lima da Costa e Edite Mesquita Hupsel, concordam com o entendimento de que a Lei 8.666/93 não permite a locação de mão-de-obra e acrescentam outros limitadores para as contratações de serviço⁹⁴:

Portanto, para que a terceirização possa ser considerada legal, deverá o Administrador motivar suficientemente o seu ato, demonstrando que a terceirização pretendida reveste-se, efetivamente, de um contrato de prestação de serviço enquadrável nas previsões da Lei nº 8.666/93, sem subordinação e pessoalidade, uma vez que a Administração deseja realmente

⁹⁰ Empreitada – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo (art. 6º, inciso VIII, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Lei 8.666/93).

⁹¹ Tarefa – quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais (art. 6º, inciso VIII, alínea ‘d’, da Lei 8.666/93).

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 233.

⁹³ Ibidem, p. 232-233.

⁹⁴ Apud SANTOS, Sérgio Honorato dos. Reflexões sobre a terceirização legal na Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo - BDA**, Setembro de 2008, p. 1036-1037.

um serviço e não uma intermediação de mão-de-obra; deverá também deixar claro que não será terceirizada atividade-fim do órgão, ou entidade, e que a atividade a ser terceirizada não se insere entre as atividades próprias, típicas e fundamentais de Estado; deverá, igualmente, comprovar que a atividade a ser terceirizada não é inerente às categorias funcionais abrangidas por plano de cargos e salários do órgão ou entidade terceirizante.

Impende complementar com os dizeres de Dora Maria de Oliveira Ramos⁹⁵:

Destarte, desde que a contratação seja firmada dentro desse quadro, em que o ajuste fica caracterizado em termos similares àqueles em que a lei civil regula os contratos de locação de serviços ou de empreitada, tendo por escopo a execução de objeto determinado por empresa nele especializada, que conjugue os fatores de produção para isso necessários, envolvendo atividades materiais de apoio ao trabalho desenvolvido pelo setor público, dúvida maior não surge acerca da legalidade e legitimidade do ajuste. Os exemplos mais corriqueiros encontrados no dia-a-dia das repartições públicas são os contratos de limpeza e vigilância, fornecimento de refeições, impressão gráfica, transporte, manutenção de equipamentos, firmados com empresas centradas na execução dessas atividades.

Não obstante a proibição de locação de mão-de-obra estabelecida pela Lei 8.666/93, cada vez mais são firmados contratos ilícitos de terceirização, muitos deles em atividades que, apesar de tecnicamente serem acessórias, necessitam da manutenção dos poderes de império nas mãos de servidores públicos regularmente investidos em seus cargos, uma vez que os órgãos de controle externo têm entendido que deve ser preservado o núcleo de poder do próprio Estado, ou, ainda, com características de subordinação e/ou pessoalidade⁹⁶.

2.3.2 O Decreto 2.271/97

O Decreto-lei 200/67, já mencionado anteriormente, que se traduziu em marco para a terceirização de serviços na Administração Pública, só foi regulamentado trinta anos após, por meio do Decreto 2.271/97, que dispôs sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e, ainda, revogou o Decreto

⁹⁵ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 41.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 235-236.

2.031, de 11.10.1996, que, por sua vez, regia apenas os serviços de vigilância e de limpeza e conservação, executados de forma contínua, por intermédio de instrumentos contratuais firmados pela Administração Pública⁹⁷.

Cumprе destacar que, antes da edição do citado decreto, as decisões do Tribunal de Contas da União – TCU apresentavam remansosas quanto ao entendimento de que restavam proibidas a utilização de serviços de terceiros para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas por Plano de Cargos e Salários da União e de suas autarquias. Tal entendimento resultou na Súmula nº 97 do TCU, *in verbis*:

Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 5.645, de 10/12/70 (Decreto lei nº 200, de 25/02/67, art. 10, §§ 7º e 8º), não se admite, a partir da data da publicação do ato de implantação do novo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União e das autarquias, a utilização de serviços de pessoal, mediante convênios, contratos ou outros instrumentos, celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas ou privadas, para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo referido Plano.

Segundo Di Pietro⁹⁸, “essa história que não pode terceirizar quando existir plano de cargos foi inicialmente uma decisão do Tribunal de Contas da União que pressionou o Governo Federal, até que o Governo Federal acabou baixando um decreto dizendo a mesma coisa, o Dec. nº 2.271”.

O Decreto 2.271/97 é o principal normativo no que diz respeito à estipulação de limites a terceirização na Administração Pública, por isso, ao longo desse capítulo, serão reproduzidos os seus artigos mais importantes. A seguir, transcreve-se o art. 1º do mencionado normativo.

⁹⁷ SANTOS, Sérgio Honorato dos. Reflexões sobre a terceirização legal na Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo - BDA**, setembro de 2008. p. 1036-1037.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Terceirização – Contratação de serviços de terceiros (mão-de-obra) pela Administração Pública, **Boletim de Direito de Direito Administrativo - BDA**, maio de 2008, p. 532.

Art . 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Da ementa e do art. 1º, verifica-se que o normativo trata de Administração Pública direta, autárquica e fundacional, não disciplinando a execução indireta em empresas públicas⁹⁹ e sociedades de economia mista¹⁰⁰. Contudo, em seu art. 9º é mencionado que as prestações de serviços, efetuadas por essas entidades e demais empresas controladas direta e indiretamente pela União, serão disciplinadas por resoluções do Conselho de Coordenação das Empresas Estatais – CCE.

Diante da inércia do órgão estatal encarregado de disciplinar as execuções indiretas não abrangidas pelo Decreto 2.271/97, e, ainda, tendo em vista o controle das terceirizações executadas por essas entidades, o Tribunal de Contas da União firmou entendimento de que se aplicam às disposições do referido decreto às empresas públicas e sociedade de economia mista, enquanto não sobrevier normativo a respeito do assunto.

⁹⁹ Empresa Pública – pessoa jurídica criada por lei, como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros Editores, 12ª edição, 2000, p. 144).

¹⁰⁰ Sociedades de Economia Mista – pessoa jurídica criada por lei, como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade de sua Administração Indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros Editores, 12ª edição, 2000, p. 149).

- Acórdão TCU 243/2002 - Plenário¹⁰¹

(...)

10. Com relação às empresas estatais e sociedades de economia mista, tem prevalecido nesta Corte entendimento coincidente com o exposto naquele Decreto, no sentido de que a terceirização é legítima, desde que não implique a execução de atividades inerentes aos quadros próprios dessas entidades. Nesse sentido, por exemplo, as Decisões nº 334/95-Plenário, 885/97-Plenário e 128/93-Plenário sigilosa.

11. A regulamentação definitiva do assunto, entretanto, prevista no art. 9º do mencionado Decreto, depende da expedição de resoluções do Conselho de Coordenação das Empresas Estatais (CCE), extinto. Pesquisa realizada por minha assessoria indica que até hoje, decorridos aproximadamente cinco anos da entrada em vigor do Decreto nº 2.271, não foram publicadas normas sobre o assunto, razão pela qual proponho recomendação ao Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sucessor do CCE, no sentido de corrigir esta lacuna, mediante a expedição dos atos normativos pertinentes.

- Acórdão TCU 2.085/2005-Plenário¹⁰²

(...)

A terceirização de serviços na Administração Pública vem merecendo a atenção desta Corte de Contas já há algum tempo. A preocupação maior é a possibilidade de violação à exigência constitucional de concurso público para a contratação de servidores. Assim é que o Decreto nº 2.271/97, aplicável à administração direta, autárquica e fundacional, veda a execução indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, ressalvada expressa disposição legal em contrário (art. 1º, § 2º). Com relação às empresas estatais e sociedades de economia mista, tem prevalecido nesta Corte entendimento coincidente com o exposto naquele Decreto, no sentido de que a terceirização é legítima, desde que não implique a execução de atividades inerentes aos quadros próprios dessas entidades. Nesse sentido, por exemplo, as Decisões nº 128/93 - Plenário sigilosa, nº 334/95 - Plenário, nº 1.465/2002 - Plenário, Acórdão nº 243/2002 - Plenário, e, mais especificamente quanto à Caixa Econômica Federal, Acórdãos nº 71/2003 e 17/2004, ambos do Plenário.

Ainda do art. 1º do Decreto 2.271/97, pode-se constatar que tal dispositivo conforma-se com os termos do inciso III do Enunciado do TST, que trata de terceirização no setor privado. Aliás, o próprio Tribunal de Contas da União já havia se pronunciado a respeito

¹⁰¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 243. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, DF, 03 jul. 2002. DOU de 19/07/2002.

¹⁰² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 2.085. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, DF, 30 nov. 2005, DOU de 09/12/2005.

quando da decisão contida no Acórdão TCU 1.520/2006-Plenário, da qual se transcreve, a seguir, excerto:

Constata-se, assim, a consonância entre o conteúdo do art. 1º do Decreto 2.271/1997 e o do inciso III do Enunciado 331 do TST, anteriormente transcrito. Percebe-se que não só o rol das atividades consignadas no § 1º vai além da vigilância, conservação e limpeza, como também não traduz somente uma admissibilidade legal, mas sim uma preferência administrativa pela execução indireta das atividades listadas. Ainda assim, não há divergência entre o Decreto e o Enunciado 331. Em ambos, a execução indireta, mediante contratação de serviços de terceiros, fica restrita às atividades-meio.

Dora Maria de Oliveira Ramos traz entendimento interessante a respeito do artigo 1º, § 2º, do Decreto 2.271/97, que contém restrição à execução indireta sempre que as atividades objeto de terceirização confundirem-se com as atribuições de cargos permanentes. A autora entende que essa restrição não é absoluta, já que poderão existir situações extraordinárias em que os quadros normais da Administração Pública não suprirão as necessidades. Como exemplo, cita o caso de contratação de parecer de jurista consagrado para subsidiar a atuação de órgão de advocacia pública, afirmando que se trata de hipótese de complementação da atuação pública para atendimento de necessidade transitória¹⁰³.

Prossegue, esclarecendo que o legislador, quando cria os cargos e suas atribuições, elege aquelas atividades como precípuas de servidor público, em sentido amplo. Tal confiança concedida ao servidor, reside no fato dele ser o agente que zela pelo interesse público, ou nos dizeres da autora¹⁰⁴:

Assim, se a lei criou cargos ou funções para ser preenchidos por servidores públicos, foi por entender que aquelas atividades, pela sua relevância, demandam a existência de servidores regidos por um regime jurídico específico, que lhes impõe direitos e obrigações necessários à salvaguarda da coletividade. Dessa forma, não poderá o administrador, sem prévia autorização legal, deixar vagos aqueles cargos, contratando com terceiros o

¹⁰³ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 43.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 43.

desenvolvimento das atividades.

Não poderá o administrador, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, havendo cargo criado, deixar de provê-lo mediante a realização de concurso público, com a intenção de terceirizar as funções a ele inerentes. Também não poderá a Administração, tratando-se de atividade inserida em seu núcleo fundamental, deixar de criar os cargos e empregos necessários à execução dos trabalhos para contratá-los com terceiros estranhos aos seus quadros.

Por fim, menciona que a terceirização pode se dar caso inexistir cargo ou emprego criado na estrutura administrativa para execução das atividades pretendidas. Ou ainda, em caso de o legislador ter declarado a desnecessidade do cargo ou haja a declaração de sua extinção¹⁰⁵.

Neste momento, vale mencionar ensinamento de Di Pietro¹⁰⁶:

Como hoje o Presidente da República tem competência para extinguir cargos por meio de decreto, conforme redação dada ao art. 84, inciso IV, alínea 'b', da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 32/2001, a terceirização ficou de certa forma facilitada para as atividades-meio. (...) No entanto, essa terceirização, repita-se, tem que assumir a forma de prestação de serviços e não de fornecimento de mão-de-obra.

De forma a prosseguir na análise do Decreto 2.271/97, transcreve-se os artigos 3º e 4º:

Art. 3º O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços.

§ 1º Sempre que a prestação do serviço objeto da contratação puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado, esta deverá estar prevista no edital e no respectivo contrato, e será utilizada como um dos parâmetros de aferição de resultados.

§ 2º Os órgãos e entidades contratantes poderão fixar nos respectivos editais de licitação, o preço máximo que se dispõem a pagar pela realização dos serviços, tendo por base os preços de mercado, inclusive aqueles praticados entre contratantes da iniciativa privada.

¹⁰⁵ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 43.

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 238.

Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

I - indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos;

II - caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra;

III - previsão de reembolso de salários pela contratante;

IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;

Observa-se que não é permitida a celebração de contratos de fornecimento de mão-de-obra, mas a prestação de serviço, conforme estabelece o art. 3º, “o objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços”.

Dos artigos retrocitados, verifica-se, também, outro ponto de convergência entre o entendimento da Justiça do Trabalho, constante do Enunciado 331 do TST, e o decreto regulamentador da terceirização no serviço público federal, uma vez que tanto em um como no outro a terceirização é considerada ilícita se ficar caracterizada a subordinação, nos termos de seu art. 4º. Diante desse contexto, o Tribunal de Contas da União apresentou o seguinte entendimento no Acórdão 1.815/2003-Plenário¹⁰⁷:

9.3. determinar à Caixa Econômica Federal que:

9.3.1. nos futuros editais de licitação, defina a forma como os serviços serão prestados, nos seguintes moldes:

9.3.1.1. se, pela natureza da atividade ou pelo modo como é usualmente executada no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem assim de pessoalidade e habitualidade, deve ser vedada a participação de sociedades cooperativas, pois, por definição, não existe vínculo de emprego entre essas entidades e seus associados;

¹⁰⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 1.815. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 26 nov. 2003, DOU de 09/12/2003.

9.3.1.2. se houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o tomador de serviços, bem assim de pessoalidade e habitualidade, a terceirização será ilícita, tornando-se imperativa a realização de concurso público, ainda que não se trate de atividade-fim da contratante;

(...)

9.5. conceder a este Acórdão caráter normativo;

Portanto, com o objetivo de corrigir os desvirtuamentos decorrentes do Decreto-lei 200/67, o Decreto 2.271/97 introduziu os seguintes limitadores à terceirização de serviços na Administração Pública: impede a execução indireta de atividades-fim e das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade; vedou a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante; e, por fim, a proibição da inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que possam permitir a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra.

Por fim, vale destacar que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG publicou normativo regulamentando o Decreto 2.271/97, por meio da Instrução Normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI 2, de 30/04/2008, disciplinando a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG¹⁰⁸.

Por oportuno, cumpre transcrever os principais artigos referentes ao capítulo ‘Terceirização’ da Instrução Normativa SLTI 2/2008:

Art. 6º Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97.

¹⁰⁸ Integram o SISG os órgãos e unidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, incumbidos especificamente da execução das atividades de administração de edifícios públicos e imóveis residenciais, material, transporte, comunicações administrativas e documentação (art. 1º do Decreto 1.094, de 23/03/1994).

(...)

Art. 8º Poderá ser admitida a alocação da função de apoio administrativo, desde que todas as tarefas a serem executadas estejam previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, admitindo-se pela administração, em relação à pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas previamente definidas.

Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

I - *omissis*;

II - *omissis*;

III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como:

aplicação de multas ou outras sanções administrativas;
a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;
atos de inscrição, registro ou certificação; e
atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

Art. 10. É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, tais como:

I - exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação prever o atendimento direto, tais como nos serviços de recepção e apoio ao usuário;

II - direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas;

III - promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado; e

IV - considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens.

Art. 11. A contratação de serviços continuados deverá adotar unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada, e que elimine a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho.

Dos trechos colacionados do normativo em questão, pode-se verificar que a Administração Pública preocupou-se em caracterizar, de forma pormenorizada, limites impostos pelo Decreto 2.271/97, tais como as atividades que podem ser terceirizadas, os atos de ingerência na administração da empresa contratada, podendo configurar a existência de subordinação e pessoalidade, bem como, a forma de remuneração.

2.3.3 A Lei complementar 101/2000

A Lei Complementar 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, regulamentou o art. 169 da Constituição Federal de 1988, no sentido de impor limites aos gastos públicos com a folha de pagamento de pessoal.

Diante de inúmeras terceirizações ilícitas realizadas pela Administração Pública, principalmente, na década de 90, foi consignado no § 1º, de seu art. 18, que: “os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘Outras Despesas de Pessoal’”¹⁰⁹.

A intenção do citado dispositivo é o de controlar os gastos da máquina com pessoal, de forma a direcionar os dispêndios, principalmente, para o setor de investimentos. Entretanto, o legislador equivocou-se quando incluiu em gastos com pessoal despesas com terceirização de mão-de-obra, uma vez que aduz interpretação de que se está admitindo a possibilidade de contratos de mão-de-obra¹¹⁰.

Tendo em vista a redação dada ao mencionado artigo, Dora Maria de Oliveira Ramos apresenta interpretação consentânea com outras disposições do ordenamento

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 237.

¹¹⁰ Ibidem, p. 237.

jurídico¹¹¹:

Assim dispondo, a norma legal não inclui todos os contratos de prestação de serviços terceirizados dentro do limite de gastos com pessoal, mas apenas aqueles que assumirem caráter de substituição. Nesses termos, a dificuldade está em precisar quais os ajustes que se amoldam a essa característica. Anote-se, de pronto, a falta de técnica e clareza do legislador. Servidor público é expressão ampla que abrange os ocupantes de cargo, emprego ou função, razão pela qual a referência a servidor dispensa a menção a empregado público.

Os contratos de terceirização firmados para suprir atividades que antes eram exercidas por servidores públicos, que tiveram seus cargos, empregos ou funções extintos para dar origem à contratação terceirizada, inquestionavelmente estão incluídos nesse limite de gastos, em decorrência de seu nítido caráter de substituição. A dúvida surge, no entanto, em relação a outros tantos contratos que se multiplicam no setor público, relativos a serviços de limpeza, vigilância, zeladoria etc, em que o Poder Público nunca teve aqueles cargos criados, preferindo utilizar-se de mão-de-obra contratada. Nesses casos parece não ser hipótese de inclusão dos ajustes no limite de gastos. Interpretação outra que se queira dar para incluir todos os contratos de prestação de serviços terceirizados não se mostra razoável.

A princípio, todos os contratos terceirizados implicam substituição de mão-de-obra própria por terceirizada. Não se pode dar à norma legal, no entanto, interpretação que faça com que termos dela constantes percam sentido. Se o legislador quisesse incluir todos os contratos de terceirização no limite de gastos com pessoal bastaria ter dito que "os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra serão contabilizados como Outras Despesas de Pessoal". Se preferiu incluir apenas os que assumem caráter de substituição, há que se interpretar a norma de forma a restringir sua abrangência.

O texto legal, tal como editado, pode conter parte do ímpeto terceirizante do Poder Público, quando centrado unicamente na obtenção de vantagens que se afastam da consecução do interesse público, na medida em neutraliza a terceirização que objetiva meramente burlar os limites de gastos.

Portanto, para Dora Maria de Oliveira Ramos, o artigo em questão apenas inclui, para efeito de gastos com pessoal, os contratos de serviços terceirizados cujas atividades estavam consignadas em cargos, empregos ou funções extintos.

Di Pietro tem uma visão mais pragmática sobre a norma, para a autora, o dispositivo deve ter interpretação mais ampla, de forma que consiga abarcar número maior de

¹¹¹ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 41.

contratos de terceirização, de modo a atingir os objetivos do normativo, qual seja, a responsabilidade fiscal. Nesse sentido, assevera que o legislador não estava preocupado com a licitude ou a ilicitude dos contratos de terceirização, devendo ser entendido que, se celebrado, a despesa correspondente deverá ser levada em consideração para fins de cálculo das despesas com pessoal¹¹².

Diante da situação fática das terceirizações na Administração Pública, pode-se verificar a existência de contratos de terceirização ilícitos. Analisando julgados do Tribunal de Contas da União, verifica-se que o Tribunal tem empreendido esforço junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG, com vistas a diminuir gradualmente a terceirização ilegal na Administração Pública Federal, já que os prejuízos à população com a ruptura imediata desses contratos seriam enormes. A seguir, cita-se excertos do Acórdão TCU 1.520/2006-Plenário, por ser emblemático no tratamento do assunto¹¹³:

3. DADOS SOBRE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

3.1 O relatório do TCU sobre as contas do governo referente ao ano de 2004 dedica um capítulo específico para a análise da terceirização de pessoal no serviço público federal. São apresentados dados sobre gastos com a terceirização e sobre a relação entre empregados terceirizados e servidores concursados.

3.2 O relatório assinala que foram despendidos em 2004 R\$ 7,3 bilhões em serviços terceirizados na esfera pública federal, frente a um gasto de R\$ 5,8 bilhões no exercício anterior, o que representou um aumento de 26% entre um e outro exercício, (...)

3.4 Destacam-se os incrementos de gastos com terceirização de 134% e 302% dos Ministérios do Esporte e do Turismo, respectivamente. O aumento de 179% na Justiça Eleitoral pode ser justificado em parte pela realização das eleições de 2004, uma vez que mais da metade desse acréscimo ocorreu na área de informática, nos seguintes serviços: 33903908 – Manutenção de *Software*; 33903995 – Manutenção e Conservação de Equipamentos de

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 237.

¹¹³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 1.520. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, DF, 23 ago. 2006, DOU de 30/08/2006.

Processamento de Dados; e 33903957 – Serviços de Processamento de Dados. (...)

3.8 Ao analisar os dados, o Presidente do TCU, Ministro Adylson Motta, fez constar dos comentários sobre a análise prévia das contas do governo que ‘a chamada terceirização no setor público elevou-se em 26% no exercício passado e acena com a constatação de que setores do governo federal podem estar utilizando a execução indireta de forma desproporcional, englobando, inclusive, atividades inerentes e privativas do servidor público’. (...)

5. DA PROPOSTA APRESENTADA PELO MP

5.1 Em Nota Técnica às fls. 4/8, o MP reconhece que somente a terceirização como contrato de prestação de serviços é admitida pela legislação, não havendo previsão legal para situações em que há mera locação de mão-de-obra. Reconhece ainda que somente as atividades descritas no Decreto 2.271/97 são passíveis de terceirização.

5.2 O Ministério informa que vem atuando desde 2003 com vistas a substituir gradualmente trabalhadores terceirizados na Administração Pública. (...)

5.3 Quanto às informações solicitadas pelo TCU, o MP realizou consulta aos diversos órgãos da administração pública federal, por meio de ofícios-circulares. Do total de 36.485 postos informados, o MP realizou ajuste em virtude de grande número de atividades reportadas serem passíveis de terceirização, resultando no total de 33.125 trabalhadores terceirizados realizando atividades não previstas no Decreto 2.271/97, e, portanto, em situação irregular. (...)

5.4 Segundo o órgão, a principal limitação identificada no levantamento reside no fato de o índice de resposta aos ofícios-circulares ter sido da ordem de 60%. Assim, pode-se estimar que o número real de cargos terceirizados ilegalmente pode chegar a cerca de 55 mil.

5.5 Propõe o MP a realização de concursos periódicos entre 2006 e 2010, conforme tabela 6, a seguir reproduzida, voltados exclusivamente para a substituição de trabalhadores terceirizados. O objetivo é que ao final deste prazo, ou seja, no ano de 2011, não existam mais trabalhadores terceirizados em situação irregular na administração direta, autárquica e fundacional.

(...)

5.6 A gradualidade na substituição é defendida pelo órgão de modo a permitir que seja preservado e transmitido aos servidores concursados o conhecimento adquirido pelos trabalhadores terceirizados durante anos de atividades inerentes a servidor público. Argumenta ainda que pesa a favor da substituição gradual a necessidade de adequação do Quadro de Pessoal de vários órgãos, no sentido de criar novos cargos, carreiras ou mesmo reestruturar a remuneração de alguns cargos.

5.7 Quanto à proposta apresentada ao TCU, o MP ressalta a necessidade de revisão anual do calendário proposto em função da inclusão dos órgãos que não responderam ao levantamento efetuado (cerca de 40% dos órgãos e entidades), da possível necessidade de criação ou redistribuição de cargos e ainda das contingências orçamentárias e/ou situações emergenciais.

A terceirização realizada com intuito de burlar a legalidade constitui em terceirização ilícita, repudiada pelo interesse público. A regulação da matéria na Lei de Responsabilidade Fiscal é uma tentativa de evitar subterfúgios que comprometam o objetivo de equilíbrio das contas públicas. Por isso, a solução encontrada foi incluir no limite de gastos com pessoal as contratações de serviços terceirizados, o que se caracteriza como mais um limitador às terceirizações na Administração Pública, porém não insere regras para o discernimento entre terceirizações lícitas e ilícitas¹¹⁴.

2.3.4 O inciso II do Enunciado nº 331 do TST

Segundo Sérgio Pinto Martins¹¹⁵, antes da Constituição Federal de 1988, havia, em parte da jurisprudência, o entendimento de que se formava vínculo empregatício diretamente com a Administração Pública em caso de fraude na terceirização ou inidoneidade da prestadora dos serviços. A corrente favorável a esse entendimento era ainda maior quando se tratava de empresas públicas e sociedades de economia mista, uma vez que o Decreto-lei 2.300/86, já citado neste trabalho, permitia a terceirização de serviços apenas à administração direta e autárquica.

Não obstante, com a Constituição Federal de 1988, a Administração Pública direta, indireta ou fundacional ficaram sujeitas a regra do concurso público, conforme se pode

¹¹⁴ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 41.

¹¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 141-142.

verificar do seguinte julgado do STF¹¹⁶:

EMENTA: CARGOS e EMPREGOS PÚBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA e FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público e princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica esta igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, PAR. 1. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição.

Dessa forma, como a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade¹¹⁷, que disciplina pela obrigatoriedade do concurso público, não se pode falar que a terceirização ilícita formará vínculo de emprego entre o trabalhador e a Administração Pública. Ou seja, o princípio da primazia da realidade¹¹⁸ não prevalece diante da regra contida na Constituição Federal¹¹⁹.

De forma a firmar o entendimento retromencionado, surgiu o inciso II do Enunciado nº 331 do TST, com redação dada pela Resolução do TST nº 23, de 21/12/1993, transcrito a seguir:

Contrato de prestação de serviços – Legalidade – Revisão do Enunciado nº 256.

¹¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. MS-21322/DF. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, DF, 03 dez. 92, DJ de 29/04/93.

¹¹⁷ Princípio da legalidade – significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. (GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p.7).

¹¹⁸ Princípio da primazia da realidade – amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade – art 112 Código Civil de 2002 (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 208).

¹¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 141-142.

- I- *omissis*;
- II- A contratação irregular de trabalhador; através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os Órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, inciso II, da Constituição da República);
- III- *omissis*;
- IV- *omissis*.

Com isso, o que se pretendeu foi estabelecer, em situações de terceirização ilícita, uma garantia em favor da sociedade, uma vez que o patrimônio público compõe o interesse de toda a sociedade e, conseqüentemente, deve ser sobreposto aos interesses particulares¹²⁰.

Entretanto, o texto do citado enunciado não deixou claro o efeito da terceirização ilícita no âmbito da Administração Pública, existindo, atualmente, três correntes a respeito do problema, a seguir transcritas, citadas por Sérgio Martins Pinto¹²¹:

Há os que entendem que, se não há vínculo, não deve ser paga qualquer verba ao trabalhador.

A segunda corrente prega que devem ser pagos apenas os salários, pois não pode o tomador enriquecer-se às custas do primeiro.

A terceira corrente entende que devem ser pagos os salários e verbas rescisórias, pois aplicar-se-ia o art. 182 do Código Civil. Anulado o negócio jurídico e não podendo as partes retornar ao *status quo ante*, em face da impossibilidade da devolução da energia despendida pelo trabalhador, a Administração deveria indenizar o obreiro no equivalente ao valor das verbas rescisórias que lhe seriam devidas caso fosse considerado empregado.

De acordo com Maurício Delgado Godinho¹²², a segunda corrente é a mais prestigiada pela jurisprudência, uma vez que tem o mérito de conferir eficácia ao texto constitucional (art. 37, inciso II, da CF/88), de negativa de vínculo empregatício sem

¹²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 445-446.

¹²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 141-142.

¹²² DELGADO, Maurício Godinho. **op. cit.**, p. 445-446.

concurso público, ajustando-se, também, ao inciso II do Enunciado nº 331 do TST, e, ainda, salvaguardando o salário do empregado advindo da prestação dos serviços.

Conforme disposto no parágrafo anterior, essa era a corrente majoritária à época (até 2004). Entretanto, desde 2005, o TST vem decidindo que, nesses casos de terceirização ilegal, o trabalhador tem direito ao pagamento de todas as verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao trabalhador que cumpre função idêntica na Administração Pública. A seguir, citam-se julgados do TST nesse sentido:

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ISONOMIA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. ATIVIDADES TÍPICAS DA CATEGORIA PROFISSIONAL DOS BANCÁRIOS. ARTIGO 12, ALÍNEA A, DA LEI Nº 6.019/74. APLICAÇÃO ANALÓGICA. A Constituição da República consagra o princípio da igualdade (art. 5º, caput), ao mesmo tempo em que proíbe o tratamento discriminatório (art. 7º, XXXII). A execução das mesmas tarefas, bem como a submissão a idênticos encargos coloca o empregado da tomadora de serviços e o empregado terceirizado em situação que enseja tratamento equitativo. A submissão a concurso público distingue tais empregados no que toca aos estatutos jurídicos reguladores de suas relações de trabalho, o que não afasta o direito ao tratamento isonômico, adequado às peculiaridades das atividades desenvolvidas. A impossibilidade de se formar o vínculo de emprego, contudo, não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao empregado público que cumprisse função idêntica no ente estatal tomador dos serviços. Esse tratamento isonômico visa a afastar os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita. Trata-se de mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante, encontrando amparo no art. 5º, caput, da Constituição (Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,...) e também no art. 7º, inciso XXXII, da CF/88, que proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (TST-E-RR-799.073/01.6, SDI-I, Relator Ministro Rider Nogueira de Brito, DJ 25.02.2005). Ora, se na terceirização temporária de curto prazo vislumbrou-se a possibilidade de tratamento discriminatório, com muito maior razão na terceirização permanente, em que, não raro, os empregados da prestadora dos serviços sujeitam-se por período de tempo prolongado a condições de patente desigualdade salarial em relação aos empregados de mesma categoria da empresa tomadora, não obstante desempenhando idênticas funções (TST-E-RR-654.203/00.9, SDI-I, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJ - 11/11/2005). Aplicação analógica do art. 12, a, da Lei 6.019/74. Embargos conhecidos e não-providos¹²³.

¹²³ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. SBDI - 1. E-ED-RR-655028/2000.1, Relatora: Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Brasília, DF, 21 mai. 2007, DJ de 25/05/2007.

TERCEIRIZAÇÃO. ISONOMIA SALARIAL. IDENTIDADE DE FUNÇÕES ENTRE OS EMPREGADOS DA EMPRESA FORNECEDORA DE MÃO-DE-OBRA E OS CONTRATADOS DIRETAMENTE PELA TOMADORA DOS SERVIÇOS. ARTIGO 12, ALÍNEA A, DA LEI Nº 6.019/74. APLICAÇÃO ANALÓGICA 1. À falta de previsão legal específica, socorrendo-se da analogia e dos princípios gerais do direito, bem como atendendo aos fins sociais da norma aplicada e às exigências do bem comum (LICC, arts. 4º e 5º), aplica-se o preceito inscrito na alínea a do artigo 12 da Lei nº 6.019/74 para reconhecer aos empregados terceirizados tratamento isonômico em relação àqueles contratados pela tomadora dos serviços, desde que haja igualdade de funções. 2. O legislador ordinário lançou mão do referido dispositivo no intuito de coibir qualquer tratamento discriminatório gerado a partir de possível diferenciação de conduta e de salário, no ambiente de trabalho, entre os empregados temporários e os de mesma categoria da empresa tomadora. Ora, se na terceirização temporária de curto prazo vislumbrou-se a possibilidade de tratamento discriminatório, com muito maior gravidade, constância e profundidade tal circunstância verificar-se-á na terceirização permanente, em que, não raro, os empregados da prestadora dos serviços sujeitam-se por período prolongado a condições de patente desigualdade salarial em relação aos empregados de mesma categoria da empresa tomadora, não obstante desempenhando idênticas funções. 3. Embargos de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento para, reconhecendo o direito dos Reclamantes, terceirizados, à isonomia salarial com os empregados da tomadora dos serviços exercentes das mesmas funções, restabelecer a r. sentença¹²⁴.

RECURSO DE REVISTA. ISONOMIA SALARIAL ENTRE EMPREGADO DE EMPRESA TERCEIRIZADA E OS INTEGRANTES DA CATEGORIA PROFISSIONAL DA TOMADORA DOS SERVIÇOS. A questão em debate já está pacificada nesta c. SBDI-1 do TST, no sentido de que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, porém a impossibilidade de se formar o vínculo de emprego, contudo, não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao trabalhador terceirizado que cumpre função idêntica na tomadora, não sendo empregado apenas por força da terceirização. Recurso de revista conhecido e desprovido¹²⁵.

Dos julgados, verifica-se que, atualmente, a jurisprudência tende a adotar a terceira corrente, como forma de exaltar o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*, CF/88), ao mesmo tempo em que repugna o tratamento discriminatório (art. 7º, XXXII, da CF/88).

¹²⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. SBDI – 1. E-RR-654.203/2000.9, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Brasília, DF, 12 set. 2005, DJ de 11/11/2005.

¹²⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 6ª Turma. RR-955/2006-111-03-00.6, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Brasília, DF, 13 mai. 2009, DJ de 22/05/2009.

Assim, conclui-se que o inciso II do Enunciado nº 331 do TST não se configura propriamente como limitador às terceirizações na Administração Pública, pois não impõe regras para a delimitação entre a terceirização lícita e ilícita. Tal enunciado restringe-se a dispor sobre a não formação de vínculo empregatício com a Administração Pública direta, indireta e fundacional, quando a terceirização for ilícita, ou seja, serve apenas de prevenção contra fraudes que propiciavam a investidura de trabalhadores não concursados no serviço público.

Outrossim, verifica-se que o enunciado em questão não disciplinou sobre as consequências para o trabalhador, em caso de terceirização ilícita, fato que está em discussão até hoje nos Tribunais, conforme se verifica na doutrina e nos julgados retromencionados¹²⁶.

2.4 Observações finais sobre a terceirização na Administração Pública

Diante do verificado até aqui, pode-se afirmar que a Constituição Federal prevê, em seu art. 37, inciso XXI, a terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública. Por sua vez, a Lei 8.666/93 autoriza a contratação de prestação de serviços, desde que não seja configurado o fornecimento de mão-de-obra.

O Decreto 2.271/97 impõe regras no sentido de definir o que são contratos de prestação de serviços, ou seja, de terceirização lícita, de modo a evitar as contratações que se configurem em fornecimento de pessoal, proibido pela obrigatoriedade de realização de concurso público, art. 37, inciso II, da CF/88. Aliás, vale reforçar o entendimento consolidado do TCU sobre a aplicação das disposições do referido decreto às empresas públicas e às

¹²⁶ Cumpre mencionar que o Supremo Tribunal Federal, em análise do processo RE 603.397 RG, reconheceu, em 19/11/2009, a repercussão geral da discussão sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços. Outrossim, há no STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade, ADC 16-9, ainda não julgada, em que se discute a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, que dispõe que a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Fonte: site do STF – www.stf.jus.gov.br, em 10/09/2010.

sociedades de economia mista.

Assim, apesar de o aparente disciplinamento realizado pelo ordenamento jurídico, verifica-se, na prática, que as situações fáticas, ou seja, os casos concretos são fontes primordiais para a conclusão sobre a ilicitude das terceirizações de serviços na Administração Pública, conforme será demonstrado por meio de análise das discussões estabelecidas pelo Tribunal de Contas da União.

3 ATUAÇÃO DO TCU EM CASOS CONCRETOS

Preliminarmente, ressalta-se a dificuldade de encontrar discussão aprofundada sobre o assunto nos Tribunais Superiores, devido ao fato de que nesses Tribunais o debate insere-se no campo jurídico e apenas margeia a situação fática, onde se encontra o cerne desta pesquisa. Assim, uma vez que as decisões do Tribunal de Contas da União abordam de forma aprofundada a situação de casos concretos, tornaram-se a fonte principal de análise neste capítulo.

A seguir, serão utilizados julgados do Tribunal de Contas da União, de forma a demonstrar, em casos concretos, a aplicação dos principais limitadores estabelecidos pelos normativos citados no capítulo anterior. Em cada seção deste capítulo será estudado um tipo de afronta aos limitadores normativos às terceirizações, a saber: regime de Administração Contratada (Lei 8.666/93), prestação de serviços com subordinação (Lei 8.666/93 e art. 4º, inciso IV, do Decreto 2.271/97), terceirização de atividade-fim (*caput* do art. 1º, do Decreto 2.271/97) e execução indireta de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos de órgão ou entidade (art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271/97).

3.1 Regime de Administração Contratada (Decisão TCU 606/1996-Plenário¹²⁷)

A Decisão em referência cuida de Recurso de Reconsideração contra a Decisão TCU 567/1995-Plenário¹²⁸, onde se discute o regime de contratação de serviços de Assistente Administrativo realizada pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e

¹²⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Decisão nº 606. Relator: Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília, DF, 25 set. 1996, DOU de 15/10/1996.

¹²⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Decisão nº 567. Relator: Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília, DF, 8 nov. 1995, DOU de 28/11/1995.

Social – BNDES.

O BNDES tenta demonstrar que o regime de contratação utilizado na terceirização em comento foi o de Empreitada por Preço Global (art. 6º, inciso VIII, alínea ‘d’, da Lei 8.666/93), enquanto que na decisão inicial ficou consignado que o regime foi o de Administração Contratada, tornando a terceirização ilícita.

Cumprir citar trecho do Voto do Ministro-Relator em que são discutidas as diferenças entre os dois regimes de contratação (Decisão TCU 606/1996-Plenário¹²⁹):

Regime de administração contratada e regime de empreitada por preço global são, sem dúvida, institutos bem diferentes. O primeiro se caracteriza por ter o preço de contratação do prestador do serviço ou obra baseado em percentual incidente sobre os custos do material e da mão-de-obra utilizados. Já o segundo tem como característica a contratação por preço certo e total. Nas suas alegações, o BNDES logrou demonstrar que os contratos firmados foram celebrados pelo regime de empreitada por preço global, uma vez que, como afirma, "o objeto a ser executado tem seu valor certo predeterminado no contrato" (...).

Assim, conclui-se que a incerteza quanto ao custo de prestação de serviço, em decorrência desses custos estarem baseados em quantidade de mão-de-obra utilizada, caracteriza-o como regime de contratação de Administração Contratada, tornando ilícita tal terceirização, uma vez que os preços devem estar estipulados, ou, ao menos, serem calculáveis quando da contratação.

Conforme mencionado no capítulo anterior deste trabalho, o regime de Administração Contratada caracteriza-se como contratação de mão-de-obra, forma de execução indireta de serviços não permitida pela Lei 8.666/93.

Vale destacar que a inteligência consubstanciada na decisão em comento foi

¹²⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Decisão nº 606. Relator: Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília, DF, 25 set. 1996, DOU de 15/10/1996.

normatizada, no caso da administração direta, autárquica e fundacional, por meio do art. 11 da Instrução Normativa SLTI 2/2008, que exige que os pagamentos às empresas contratadas devem ser realizados com base nos resultados, eliminando-se a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho, já que dessa forma os custos não estariam previamente estabelecidos.

Assim, a locação de mão-de-obra pode ser caracterizada com a identificação de contratos de serviços que não tenham seus custos atrelados aos resultados, ou seja, ao objeto do serviço, mas à quantidade de horas de serviço prestada. Outra forma de caracterização de locação de mão-de-obra é a identificação da existência de subordinação entre a Administração e o empregado terceirizado, assunto que será visto na sequência.

3.2 Subordinação

3.2.1 Acórdão TCU 106/2009-Plenário¹³⁰

No presente Acórdão foi discutida a licitude de terceirização, promovida pela Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República – SEAP/PR, para execução de serviços de suporte técnico e administrativo.

Dentro desse contexto, o TCU entendeu que algumas ações como a de “cadastrar documentos no sistema de gerenciamento eletrônico de documentos”, “auxiliar na elaboração de pareceres, relatórios, projetos e laudos técnicos para subsidiar ações” ou “auxiliar no desenvolvimento de estudos que visem o aprimoramento da legislação de licitações e contratos” não se constituíam em atividades acessórias, mas em ações relacionadas com atividades típicas de gestão pública, que deveriam ser desenvolvidas por

¹³⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 106. Relator: Min. Raimundo Carreiro. Brasília, DF, 4 fev. 2009, DOU de 06/02/2009.

servidores dos quadros do órgão.

Desse modo, o Tribunal concluiu que: “as atividades correspondentes aos postos de trabalho de Auxiliar Administrativo e Assistente Especializado possuem características de atividades-fim do órgão, compreendidas como aquelas atividades essenciais e normais para as quais a SEAP/PR foi instituída, ou seja, sua própria razão de ser”.

Outrossim, entendeu, como consequência da realização de atividade-fim por empregados terceirizados, que a execução dessas atividades demandariam subordinação à administração do órgão (SEAP/PR), o que é vedado pelo art. 4º, inciso IV, do Decreto 2.271/1997.

Ou seja, o Tribunal entendeu, nesse caso, que a execução de serviços correspondentes à atividade-fim do órgão, por prestadores de serviços terceirizados, levou, como consequência, à subordinação desses prestadores com a Administração Pública. Pode-se dizer que o entendimento esposado no julgado em questão parte do pressuposto de que a execução da atividade-fim de órgão ou entidade só é possível de ser realizada se o executor estiver vinculado à estrutura da Administração, uma vez que deverá receber ordens diretas de seu superior hierárquico.

Embora existam outros julgados no mesmo sentido do aqui tratado, como, por exemplo, os Acórdãos TCU 864/2005-Plenário¹³¹ e 724/2006-Plenário¹³², não há uma posição definitiva por parte desse Tribunal. Ou seja, ainda que seja verificada, no caso concreto, a execução de serviços associados à atividade-fim de órgão ou entidade, em regra, a existência de subordinação só é levantada se houver provas que comprovem tal situação.

¹³¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 864. Relator: Min. Valmir Campelo. Brasília, DF, 29 jun. 2005, DOU de 05/07/2005.

¹³² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 724. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, DF, 17 mai. 2006, DOU de 19/05/2006.

Por oportuno, destaca-se, conforme se verá no Acórdão seguinte, que a existência de subordinação não implica, automaticamente, na existência de execução de serviços relacionados à atividade-fim de órgão/entidade.

3.2.2 Acórdão TCU 256/2005-Plenário¹³³

O presente caso trata de licitação para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de apoio à área administrativa do Ministério das Cidades. É relatado nos autos que a definição extremamente vaga das atribuições de cada categoria profissional não permitiu que os auditores do Tribunal averiguassem a aderência do edital às regras estabelecidas pelo Decreto 2.271/97.

Conforme é mencionado no Acórdão em questão, as atividades administrativas são amplas e genéricas o suficiente para poderem, dependendo do grau de complexidade com que serão demandadas, ser relacionadas com atividades acessórias terceirizáveis ou se confundir com atividades típicas dos servidores do Ministério das Cidades.

Outrossim, é afirmado que a documentação acostada ao processo não permitiu inferir acerca da existência de subordinação e pessoalidade dos serviços prestados. Ou seja, mesmo as atividades acessórias terceirizáveis não podem ser executadas com subordinação e pessoalidade (Lei 8.666/93 e art. 4º, inciso IV, do Decreto 2.271/97). Acrescenta, informando que o agente público pode dar ordens técnicas aos terceirizados, mas a direção dos serviços deve ser feita por prepostos da empresa contratada. Prossegue, dispondo que a distinção entre as duas formas de gerenciamento é, por vezes, sutil, necessitando informações precisas sobre a forma de execução do trabalho, de modo a ser

¹³³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 256. Relator: Min. Marcos Vileça. Brasília, DF, 16 mar. 2005, DOU de 24/03/2005.

possível a determinação do grau de subordinação com que o serviço é prestado.

Assim, foi decidido, por meio do Acórdão ora estudado, a necessidade de os auditores do Tribunal realizassem auditoria específica no Ministério das Cidades, com o objetivo de investigar a licitude dessa contratação.

O julgamento da citada auditoria deu-se por meio do Acórdão TCU 2.353/2009-Plenário¹³⁴, em que ficou caracterizada, dentre outras ilicitudes, a presença da subordinação em atividades acessórias terceirizáveis. O que permitiu ao Tribunal concluir que a terceirização era ilícita, uma vez que foi verificada a falta de gerenciamento administrativo por parte da empresa contratada, forçando, de forma indevida, que o gestor público suprisse essa lacuna. Como exemplo desse fato, é mencionado, no Voto do Ministro-Relator, que o controle de frequência dos terceirizados era feita diretamente pela Administração Pública (faltas, horário de entrada e saída, licenças, etc), enquanto que o correto seria que tal controle fosse realizado por preposto da própria empresa contratada, visto que o controle e a exigência da assiduidade devem ser realizados de forma indireta pela Administração.

Vale relembrar que a Instrução Normativa SLTI 2/2008, em seu art. 10º, teve preocupação especial em elencar rol, não exaustivo, de atos que podem levar à ingerência do poder público na administração da empresa contratada, uma vez que tais atos podem caracterizar a existência de prestação de serviços com pessoalidade e/ou subordinação.

Conclui-se que, no presente caso, a presença da subordinação não está associada à execução de serviços característicos da atividade-fim do órgão ou entidade. Isto é, diferentemente do caso anterior, em que há presunção da existência de subordinação, uma vez

¹³⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 2.353. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 7 out. 2009, DOU de 09/10/2009.

que os serviços executados estavam associados à atividade-fim do órgão, no presente caso, a subordinação foi identificada em caso de execução de serviços terceirizáveis.

Por fim, vale repisar que a existência de subordinação entre o prestador de serviços (trabalhador) e a Administração Pública configura contrato de locação de mão-de-obra, forma de terceirização ilícita, por contrariar a Lei 8.666/93 e o Decreto 2.271/97.

3.3 Terceirização de atividade-fim

3.3.1 Decisão TCU 740/2002-Plenário¹³⁵

Como primeiro exemplo de aplicação prática das normas ao caso concreto de terceirização de atividade-fim, escolheu-se situação em que se observa, claramente, que há terceirização de atividade-fim, por meio de contratação de serviços, ou seja, a terceirização é ilícita.

Trata-se de Representação formulada pelo dirigente da Delegacia Regional do Trabalho no Rio Grande do Sul acerca de eventual irregularidade em licitação realizada pela Caixa Econômica Federal - CEF, tendo como objeto a “digitação de dados, relatórios e serviços correlatos, acertos em terminal/micro via programa de entrada de dados dos erros de digitação, conferência de relatórios, emissão de documentos de débitos, gerenciamento das contas do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, triagem e conferência de documentos endereçados às unidades da Caixa Econômica etc”.

Da análise do processo de licitação, verificou-se que a CEF estaria promovendo, irregularmente, contratação de mão-de-obra para execução de serviços relacionados à atividade-fim da empresa, configurando em burla ao concurso público (art. 37,

¹³⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Decisão nº 740. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 26 jun. 2002, DOU de 16/07/2002.

inciso II, da CF/88).

A caracterização de que os serviços contratados estariam no âmbito das atividades finalísticas da entidade deu-se mediante a comparação dos termos do Estatuto Social da Caixa Econômica, que estabelece como um de seus objetivos institucionais a prestação de serviços de natureza bancária, competindo à entidade atuar como agente operador dos recursos relativos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, nos termos do art. 4º da Lei 8.036, de 14/05/90, com os serviços relacionados nos contratos questionados.

Observa-se, nesse caso, que a utilização do Estatuto Social foi suficiente para enquadrar o caso contratado como terceirização ilícita. Porém, há casos em que a simples constatação do Estatuto Social da entidade não é suficiente para se emitir opinião sobre a ilicitude da terceirização. Para efeito ilustrativo, traz-se a decisão proferida pela 8ª Vara da Justiça do Trabalho de Brasília – DF, em sede de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, processo nº 8.000471/2001¹³⁶, que se utilizou de prova documental e oral idônea para configurar a contratação de serviços para atuar na atividade final.

Retornando à decisão em debate, vale mencionar, ainda, trechos do Voto do Ministro-Relator:

7. (...). Pode-se, resumidamente, afirmar que há duas hipóteses principais em que a terceirização pode ser verificada: a) contratação temporária e b) serviços permanentes especializados.

8. A primeira diz respeito às situações em que se necessitam de empregados para suprir a necessidade não-permanente da empresa, tais como em época de férias ou de acréscimo extraordinário de serviços, consoante disciplinado pela Lei nº 6.019/74, Decreto nº 73.841/74 e item I do Enunciado nº 331 do E. Tribunal Superior do Trabalho).

¹³⁶ Apud TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Decisão nº 740. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 26 jun. 2002, DOU de 16/07/2002.

9. A segunda alternativa trata dos casos em que é facultada a contratação de empresas especializadas em locação de mão-de-obra para a execução de determinados tipos de serviços por terceiros, todos relacionado à área meio, tais como vigilância, segurança e transporte de valores (Lei nº 7.102/85, Lei nº 8.863/94, Decreto nº 89.056/83 e item II do Enunciado nº 331), conservação e limpeza e demais serviços não relacionados à atividade-fim (item III do citado Enunciado).

10. Estas as hipóteses de terceirização permitida às empresas públicas, como a Caixa Econômica Federal. Frise-se, ademais, que, mesmo nestes casos, a terceirização será vedada se restar configurada tentativa de burla à regra do necessário concurso público.

Do julgado exposto, pode-se verificar que a caracterização de terceirização de serviços constantes da atividade-fim do órgão e/ou entidade nem sempre é de fácil visualização, há casos em que a comparação simples entre os termos do contrato e o Estatuto ou instrumento congênere não é suficiente para se chegar à conclusão sobre a licitude da terceirização, devendo, nesses casos, buscar-se outras fontes de evidências.

3.3.2 *Acórdão TCU 2.691/2008-Plenário*¹³⁷

Por oportuno, vale mencionar excepcionalidade analisada no Acórdão TCU 2.691/2008-Plenário. Trata-se de contratação de prestação de serviços para executar e/ou apoiar a execução de tarefas atribuídas ao Grupo Executivo para Extinção do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER.

O Ministro-Relator afastou, em seu Voto, a existência de atividade-fim relacionada às atividades para extinção do DNER, ante o caráter excepcional dessas funções, visto que não se pode vislumbrar a implementação de política pública, *stricto sensu*, nas atividades desempenhadas pelo mencionado Grupo Executivo.

Não obstante, entendeu que as atividades afetas ao Grupo Executivo que

¹³⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 2.691. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, DF, 26 nov. 2008, DOU de 01/12/2008.

estão disciplinadas por lei como de atribuições específicas de servidores públicos, não poderão ser realizadas por meio de prestadores de serviços terceirizados. Como exemplo, trouxe à baila o caso da condução de Processo Administrativo Disciplinar – PAD¹³⁸, nos termos do art. 149 da Lei 8.112, de 11/12/1990. Porém, pondera que há tarefas acessórias que podem ser exercidas por prestadores terceirizados dentro do PAD.

Pondera, ainda, que a realização, nesse momento, de concurso público para um órgão cujo período de existência é temporário, o qual deve ser extinto, não se mostra razoável.

Dessa forma, restou entendido que o interesse público, traduzido, nesse caso, pelo princípio da eficiência (art. 37, da CF/88), estará melhor atendido se o Grupo Executivo contar com os serviços dos terceirizados, uma vez que terá a disposição pessoal em quantidade e qualidade suficientes e adequadas para executar, no menor tempo possível, as tarefas que lhe foram atribuídas.

Nesse momento, cumpre abrir parênteses para mencionar o conceito de princípio da eficiência posto por Alexandre de Moraes¹³⁹:

Princípio da Eficiência é o que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, **rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.** [grifo nosso]

Por fim, foi considerada legítima, mas em caráter excepcional, a contratação

¹³⁸ Processo Administrativo Disciplinar - PAD: é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido (art. 148 da Lei 8.112/90).

¹³⁹ MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 29-31.

de mão-de-obra terceirizada para apoio às atividades do Grupo Executivo, desde que não fossem conferidas a qualquer dos contratados atribuições que a lei determina sejam desempenhadas unicamente por servidores públicos.

3.4 Atividades inerentes às categorias funcionais de cargos ou funções

3.4.1 Acórdão TCU 712/2007-Plenário¹⁴⁰

No presente processo foi discutida a possibilidade de contratação de escritório de advocacia pelo Conselho Regional de Administração do Estado do Rio de Janeiro - CRA/RJ.

A unidade técnica do TCU entendeu que não caberia a terceirização de advogados, pois, na prática, eles desempenhariam atividades de forma similar às aquelas previstas no Plano de Cargos e Salários da entidade, com risco relevante de progressiva configuração de pessoalidade e subordinação direta, do que resulta a caracterização, ainda que involuntária, de situação equivalente à contratação sem concurso público.

Portanto, a unidade técnica produziu parecer contrário à mencionada contratação, com respaldo na jurisprudência dominante da Corte de Contas e no § 2º do art. 1º do Decreto 2.271/97, que entende que a terceirização será ilegal se envolver a prestação de serviços constantes do rol de atribuições de cargos ou empregos integrantes dos planos de cargos ou salários do órgão/entidade.

Não obstante, o Relator posicionou-se de modo diferente, relativizando a aplicação do dispositivo constante do Decreto retromencionado, tendo em vista o princípio da efetividade (art. 37 da CF/88), dando nova dimensão ao entendimento da Corte de Contas

¹⁴⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 712. Relator: Min. Marcos Bemquerer Costa. Brasília, DF, 25 abr. 2007, DOU de 27/04/2007.

sobre o assunto, *in verbis*:

9. No caso em exame, cumpre indagar se os serviços de advocacia que o Conselho Regional de Administração do Estado do Rio de Janeiro pretende contratar podem ser considerados atividades acessórias à sua atuação. Tais serviços, consistem, basicamente, em:

- serviços de natureza judicial-contenciosa, ou seja, a representação ativa e passiva do Conselho em ações instauradas perante o Poder Judiciário;

- serviços de natureza jurídico-administrativa, notadamente quanto aos processos de registro profissional e de fiscalização de pessoas físicas e jurídicas (Lei n. 4.769/1965), bem como em processos licitatórios em fases interna e externa;

- serviços de consultoria jurídica diretamente ao Plenário e à Diretoria Executiva (assuntos de mais alta relevância gerencial da entidade), especialmente para implementação ou defesa de ações judiciais de grande relevância para o Conselho.

10. Percebo que as duas primeiras atividades podem ser concebidas como complementares ao funcionamento do referido Conselho de Administração. Nada obstante haver nos quadros do CRA/RJ o cargo de advogado, considero que este fato, por si só, não afasta a possibilidade de terceirização de serviços advocatícios. Verifico que a estrutura administrativa do Conselho é assaz enxuta, contando com apenas um advogado. Assim sendo, poder-se-ia indagar se seria mais adequado aumentar o número de advogados nos quadros do Conselho ou terceirizar os serviços.

11. Vale, apenas, anotar que o Conselho deve tomar as devidas precauções para que as suas atividades eminentemente finalísticas sejam desenvolvidas exclusivamente por funcionários de seu próprio quadro. Assim, cumpre informar à entidade que a utilização de advogados terceirizados para a realização de serviços que não os descritos no edital de licitação pode configurar burla ao instituto do concurso público, caso estes venham a realizar atividades finalísticas da entidade.

12. Com relação à possibilidade de eventual caracterização do vínculo empregatício nos contratos de prestação de serviços, alegada pela unidade técnica, entendo que este fato não deve excluir, por si só, o cabimento desse tipo de contratação. Caso contrário, estar-se-ia aniquilando por inteiro um instrumento gerencial para evitar o seu uso incorreto. Para preservar os benefícios dessa forma de contratação, que está diretamente associada à diminuição do peso da estrutura administrativa, cabe aos órgãos contratantes afastar, no caso concreto, o vínculo direto, evitando a pessoalidade e a subordinação na prestação do serviço. Desse modo, não prospera a tese de que os serviços deveriam ser atribuídos a advogado integrante dos quadros da Contratante, recrutados mediante concurso público.

13. Cumpre, no entanto, ressaltar que a terceira atividade objeto do certame - contratação de advogado-sênior, com dez ou mais anos de experiência profissional, com disponibilidade de comparecimento a todas Sessões Plenárias do CRA/RJ e, eventualmente, à sede do Conselho para prestar consultoria jurídica diretamente ao Plenário e à Diretoria Executiva - não pode ser concebida como complementar ao funcionamento do referido Conselho de Administração, razão pela qual me parece desarrazoada a terceirização. Entendo que estas atividades são de cunho precipuamente estratégico, devendo ser realizadas, portanto, pelo advogado constante dos quadros do Conselho. Assim, a utilização de profissional terceirizado para o exercício dessas funções pode ser considerada burla ao instituto do concurso público.

14. Assim sendo, considero irregular a parte do certame que trata desse assunto. [grifo nosso]

A interpretação do § 2º do art. 1º do Decreto 2.271/97, realizada pelo Tribunal de Contas a luz do princípio constitucional da eficiência (art. 37 da CF/88) impõe que a aplicação do referido normativo não poderá ser realizada de forma direta, devendo, primeiramente, serem analisados os efeitos econômicos de tal procedimento.

Portanto, verifica-se que a retrocitada decisão trouxe um avanço em relação às decisões anteriores do TCU, uma vez que se pode concluir que a vedação quanto à terceirização de atividade-fim é absoluta, enquanto a vedação para a contratação de serviços cujas atribuições constem do plano de cargos e salários é relativa, devendo, nesse caso, ser avaliada a luz do viés econômico do princípio constitucional da efetividade.

Observa-se que não se trata de dizer que o princípio da eficiência não é aplicável quando se cuida de terceirização de atividade-fim, mas de afirmar que nesses casos o interesse público reside na manutenção dessas atividades na mão de servidores. Isto é, o princípio constitucional da eficiência, para esses casos, não pode ser aplicado simplesmente por meio de seu viés econômico, mas aplicado no âmbito da busca pelo interesse público.

Vale repisar entendimento de Dora Maria de Oliveira Ramos¹⁴¹, exposto no capítulo anterior, em que a autora traz pensamento no mesmo sentido exposto pela Corte de Contas, onde menciona que a restrição em comento é relativa, já que poderão existir situações extraordinárias em que os quadros normais da Administração Pública não suprirão as suas necessidades, sendo mais econômico a contratação terceirizada desses serviços.

3.4.2 *Acórdão TCU 71/2003-Plenário*¹⁴²

O julgado ora analisado cuida de contratação, realizada pela Caixa Econômica Federal - CEF, de empresa especializada para a prestação de serviços de telemarketing ativo e receptivo, compreendendo atendimento telefônico, consulta a banco de dados informatizado e sua atualização, via terminal/microcomputador, fornecimento de informações ao cliente/interlocutor e registro, mediante digitação, das informações fornecidas pelo cliente/interlocutor, abordagem para venda de produtos e serviços da CEF com registro através de digitação.

Por meio da análise do caso, restou comprovado que os serviços contratados não se caracterizariam como aqueles constantes da atividade-fim da entidade, uma vez que os terceirizados não estariam habilitados a efetuarem operações bancárias, como, por exemplo, contratação de negócios, movimentação de recursos entre contas correntes e transações contábeis. Dessa forma, concluiu-se que, em princípio, não haveria impedimento à transferência desses serviços a empresas contratadas, já que se tratariam de serviços acessórios.

Não obstante a conclusão inicial, verificou-se, por meio de comparação

¹⁴¹ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 43.

¹⁴² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 71. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 5 fev. 2003, DOU de 25/02/2003.

entre os serviços descritos no contrato de terceirização e as especificações constantes do Manual de Especificações de Cargos Efetivos e Comissionados da CEF, que as atividades terceirizadas coincidiam, em essência, com as atribuições do Plano de Cargos e Salários da CEF.

Embora, em tese, as atribuições retromencionadas serem coincidentes, a prova cabal deu-se com a troca de mensagens eletrônicas da chefia da CEF, em que é solicitada a substituição de empregados da CEF por terceirizados, para a execução dos serviços em comento. Tal fato demonstra a dificuldade em se aplicar a norma contida no art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271/97, ao caso concreto.

Aspecto interessante desse julgado, reside no fato de ter sido por meio de ato discricionário da própria CEF a especificação das atribuições de seus empregados, constantes do manual citado anteriormente. Ou seja, quando da elaboração desse manual, os dirigentes da CEF entenderam que as atribuições terceirizadas no contrato em análise deveriam ser executadas por empregados do quadro da empresa.

Neste momento, cumpre resgatar entendimento de Di Pietro¹⁴³, mencionado no capítulo anterior, em que é destacado que, apesar de muitas atividades em órgãos ou entidades públicas serem consideradas acessórias, necessitam estar nas mãos de servidores públicos regularmente investidos em seus cargos, uma vez que tais atribuições podem dizer respeito a atividades que tenham contato, por exemplo, com informações sigilosas ou gerência de recursos públicos.

Dentro desse contexto, o Ministro-Relator consignou em seu Voto que a

¹⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. Ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 235-236.

instituição avaliasse, com ampla discricionariedade, se seria conveniente manter como atribuição de cargo em comissão ou de cargo de técnico bancário a realização dos serviços pretendidos na contratação, o que tornaria a terceirização desses serviços ilícita. Ou modificar os seus manuais, a fim de excluir a previsão de prestação desses serviços por servidor efetivo da entidade, tornando viável a terceirização.

Desta feita, pode-se verificar que, como as atribuições dos cargos em empresas públicas e sociedades de economia mista são especificadas por meio de documentos internos produzidos pelas próprias entidades, a definição quanto à atividade acessória que pode ser terceirizada é determinada pelos próprios dirigentes dessas entidades.

CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho restou demonstrado que a terceirização lícita traz benefícios para a Administração Pública, seja dando maior agilidade aos serviços prestados, seja contribuindo com maior economicidade. Não obstante, a terceirização desenfreada pode colocar atribuições típicas de Estado na mão de interesses privados.

Tentando ministrar a dose certa de serviços passíveis de serem terceirizados, a Constituição Federal e as demais normas legais e infralegais impõem regras que ajudam a delimitar o escopo de serviços terceirizáveis.

O texto constitucional explicita a necessidade de concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos (artigo 37, inciso II, da CF/88), trazendo como exceção a contratação de serviços temporários urgentes (artigo 37, inciso IX, da CF/88 c/c a Lei 8.745/93). Porém, permite a prestação de serviços por terceiros, por intermédio de licitação pública (art. 37, inciso XXI, da CF/88).

A Lei 8.666/93 autoriza a contratação de prestação de serviços, vedando a contratação de fornecimento de mão-de-obra, uma vez que não é mais permitido o regime de Administração Contratada, bem como a caracterização de subordinação e pessoalidade.

Por sua vez, o Decreto 2.271/97 veda a contratação de serviços ligados à atividade-fim ou que tenham suas atividades previstas no plano de cargos e salário de órgão ou entidade da Administração Pública. Aliás, cumpre mencionar que há entendimento consolidado do TCU sobre a aplicação das disposições do referido decreto às empresas

públicas e às sociedades de economia mista.

Embora a Lei 8.666/93 e o Decreto 2.271/97 tenham trazido importantes parâmetros limitadores na terceirização de serviços na Administração Pública Direta e Indireta, restou à doutrina e à jurisprudência a definição mais precisa sobre o termo atividade-fim, bem como quanto à interpretação da abrangência da restrição à contratação de serviços cujas atribuições estejam previstas em planos de cargos e salários de entidades ou órgãos.

Diante das competências constitucionais do Tribunal de Contas da União estarem ligadas à fiscalização de atos administrativos, dentre elas, as fiscalizações de licitações para contratações de prestadores de serviços, restou a esse Egrégio maior chance de se aprofundar no assunto, razão pela qual os principais julgados expostos neste trabalho tenham sido provenientes dessa Corte. Por oportuno, não se está dizendo que não há discussão sobre o tema nos Tribunais judiciais, mas que, para efeito deste trabalho, os julgados do Tribunal de Contas foram os mais representativos daquilo que se queria demonstrar.

Da farta jurisprudência trazida neste trabalho, pode-se verificar que os limitadores elencados pelos normativos não são de aplicação direta, imediata. Ou seja, para uma correta avaliação da licitude das terceirizações é imprescindível à realização de análise do caso concreto, muitas vezes necessitando de informações quanto à forma de execução dos serviços.

Dentro desse contexto, verificou-se que em muitos casos a caracterização da subordinação é sutil, devendo, para sua correta identificação, ser observada, na execução dos serviços, a forma de relação entre o trabalhador terceirizado e a Administração Pública. Diante dessa dificuldade, a Instrução Normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI/MPOG 2/2008 trouxe, para os órgãos e unidades da Administração

Federal direta, autárquica e fundacional, rol exemplificativo de atos administrativos que podem configurar subordinação ou pessoalidade do terceirizado contratado pela Administração Pública.

Também restou consignado neste trabalho a dificuldade na configuração de que os serviços terceirizados constituem atividades-fim de órgãos ou entidades. Excetuando-se os casos em que tal situação é evidenciada pela simples comparação do Estatuto ou outro instrumento congênere com o disposto nos contratos de terceirização, é necessária a análise da execução dos serviços contratados para identificação da licitude da terceirização.

Cumprir destacar, ainda, a interessante interpretação do § 2º do art. 1º do Decreto 2.271/97, que dispõe que a terceirização será ilegal se envolver a prestação de serviços constantes do rol de atribuições de cargos ou empregos integrantes dos planos de cargos ou salários do órgão/entidade, dada por julgado do TCU. Segundo o entendimento da Corte de Contas, a limitação que trata o mencionado normativo é relativa, devendo ser avaliada no âmbito do viés econômico do princípio da efetividade (art. 37 da CF/88).

Outro ponto importante verificado nos julgados analisados no capítulo 3 deste trabalho, refere-se à definição das atividades acessórias terceirizáveis, que nas empresas públicas e sociedades de economia mista são, de forma indireta, estabelecidas pelos próprios dirigentes dessas entidades, uma vez que são eles que aprovam as especificações, no âmbito da entidade, das atribuições a serem desenvolvidas pelos seus servidores. Desde que, é claro, não se trate de atribuições típicas de atividade-fim da entidade.

Assim, é possível afirmar que a jurisprudência foi peça chave para a publicação do Decreto 2.271/97, que, juntamente com a Lei 8.666/93, instituíram os principais limitadores para a terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública,

uma vez que seus conceitos partiram de entendimentos trazidos em julgados.

Portanto, pode-se afirmar que esses normativos tem o mérito de abarcar a imensa maioria dos casos estudados, embora alguns casos especiais a análise mediante a utilização de princípios constitucionais se fizeram necessários para o deslinde da avaliação da licitude da prestação dos serviços terceirizados. Entretanto, os limites impostos nos normativos citados trazem uma linha tênue entre a licitude e a ilicitude da terceirização, necessitando de maiores cuidados do administrador público que celebra tais contratos, bem como de maior trabalho dos Tribunais para diagnosticar a licitude dos contratos de terceirização.

Como contribuição acadêmica, este trabalho apresentou:

- a) visão sistêmica dos normativos jurídicos, bem como dos entendimentos doutrinários sobre a contratação de serviços terceirizados na Administração Pública;
- b) interpretações jurisprudenciais dos normativos jurídicos aplicáveis, de forma a tratar os casos em que a leitura simples da lei não é suficiente;
- c) as dificuldades para identificar a licitude da terceirização em casos concretos, principalmente, quando os serviços terceirizados não estão estabelecidos de forma minuciosa no contrato administrativo.

Finalmente, como sugestão para próximos trabalhos relacionados ao tema, entende-se interessante o estudo sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços. Tal tema é relevante, uma vez que se encontra no Supremo Tribunal Federal, Ação

Declaratória de Constitucionalidade, ADC 16-9, ainda não julgada, em que se discute a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, que dispõe que a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Porém, verifica-se que, a partir de 2005, o Tribunal Superior do Trabalho passou a entender que, em casos de terceirização ilegal, o trabalhador tem direito ao pagamento de todas as verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao trabalhador que cumpre função idêntica na Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ARIENZO, Walter Torres. **Manual prático: CLT x Terceirização**. 1. ed., São Paulo: Difusão Cultural do Livro, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros Editores, 12ª edição, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**, 5. ed., São Paulo: Atlas, 1995.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Terceirização – Contratação de serviços de terceiros (mão-de-obra) pela Administração Pública, **Boletim de Direito de Direito Administrativo - BDA**, maio de 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Terceirização de mão-de-obra**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2005.

HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. 1. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 5. ed., São Paulo: Dialética, 1998.

_____. **Curso de direito administrativo**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público: procedimento restrições e controle**. 1. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 9. ed., São Paulo: RT, 1982.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

OLIVEIRA, Carla Nogueira Fernandes de. **O êxito da terceirização das atividades-meio na Administração Pública Federal brasileira**. Monografia (Especialista em Gestão em Logística na Administração Pública) – Instituto de Ciências Sociais – ICS, Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal – AEUDF, Brasília, 2003.

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. 1. ed., São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. Reflexões sobre a terceirização legal na Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo - BDA**, setembro de 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo, *et. al.*. **Instituições de Direito do Trabalho**. vol. I, 22. ed., São Paulo: LTr, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. MS-21322/DF. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, DF, 03 dez. 92, DJ de 29/04/93.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Decisão nº 293. Relator Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília, DF, 03 jun. 1992, DOU de 16/06/92.

_____. Plenário. Decisão nº 567. Relator: Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília, DF, 8 nov. 1995, DOU de 28/11/1995.

_____. Plenário. Decisão nº 606. Relator: Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília, DF, 25 set. 1996, DOU de 15/10/1996.

_____. Plenário. Acórdão nº 243. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, DF, 03 jul. 2002. DOU de 19/07/2002.

_____. Plenário. Decisão nº 740. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 26 jun. 2002,

DOU de 16/07/2002.

_____. Plenário. Acórdão nº 71. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 5 fev. 2003, DOU de 25/02/2003.

_____. Plenário. Acórdão nº 1.815. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 26 nov. 2003, DOU de 09/12/2003.

_____. Plenário. Acórdão nº 256. Relator: Min. Marcos Vilela. Brasília, DF, 16 mar. 2005, DOU de 24/03/2005.

_____. Plenário. Acórdão nº 864. Relator: Min. Valmir Campelo. Brasília, DF, 29 jun. 2005, DOU de 05/07/2005.

_____. Plenário. Acórdão nº 2.085. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilela. Brasília, DF, 30 nov. 2005, DOU de 09/12/2005.

_____. Plenário. Acórdão nº 724. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, DF, 17 mai. 2006, DOU de 19/05/2006.

_____. Plenário. Acórdão nº 1.520. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilela. Brasília, DF, 23 ago. 2006, DOU de 30/08/2006.

_____. Plenário. Acórdão nº 712. Relator: Min. Marcos Bemquerer Costa. Brasília, DF, 25 abr. 2007, DOU de 27/04/2007.

_____. Plenário. Acórdão nº 2.691. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, DF, 26 nov. 2008, DOU de 01/12/2008.

_____. Plenário. Acórdão nº 106. Relator: Min. Raimundo Carreiro. Brasília, DF, 4 fev. 2009, DOU de 06/02/2009.

_____. Plenário. Acórdão nº 2.353. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 7 out. 2009, DOU de 09/10/2009.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1ª Turma. RR-757/90. Relator: Min. Almir Pazzianotto. Brasília, DF, 26 mar. 90, DJ de 29/06/90.

_____. 1ª Turma. RR-2608/89. Relator: Min. José Luiz Vasconcellos. Brasília, DF, 30 mai. 89, DJ de 08/09/89.

_____. SBDI – 1. E-RR-654.203/2000.9, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Brasília, DF, 12 set. 2005, DJ de 11/11/2005.

_____. SBDI - 1. E-ED-RR-655028/2000.1, Relatora: Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Brasília, DF, 21 mai. 2007, DJ de 25/05/2007.

_____. 6ª Turma. RR-955/2006-111-03-00.6, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Brasília, DF, 13 mai. 2009, DJ de 22/05/2009.